Die Verwandlung einer anderen Schuld in eine Darlehensschuld.

In rechtsgeschichtlicher Entwicklung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

eingereicht von

Robert Grundmann,
Referendar in Breslau.

Leipzig
Druck von August Hoffmann
1911.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meinem Vater!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543115_0155

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. A. **Einleitung** 11

B. **Ausführung.**

I. Die verschiedenen Versuche, die Verwandlung einer anderen Schuld in eine Darlehensschuld rechtlich zu konstruieren.

1. Konstruktion einer wahren Darlehensschuld.

§ 2. a) Gab und gibt es Realverträge? 12
§ 3. b) War und ist das Darlehen Realvertrag? . . . 21
§ 4. c) Über die Möglichkeit der Konstruktion einer wahren Darlehensschuld 27

2. Konstruktion eines abstrakten Vertrages.

§ 5. a) Abstrakte Rechtsgeschäfte 40
§ 6. b) Über die Möglichkeit der Konstruktion einer abstrakten Schuld. Abstrakter Vertrag mit novatorischer oder mit accessorischer Wirkung . . . 42
§ 7. c) Die Novation im römischen, gemeinen und bürgerlichen Recht 45
§ 8. d) Die Verwandlung der Schuld als abstrakter Vertrag mit novatorischer wie mit accessorischer Wirkung 49

3. Konstruktion einer bloß abgeänderten, sonst aber bestehen bleibenden Schuld.

§ 9. a) Das bisherige Ergebnis. Zulässigkeit der Abänderungen bestehender Schuldverhältnisse im allgemeinen 51
§ 10. b) Abänderung der alten Schuld durch vertragsmäßige Anwendung der Darlehensgrundsätze 54

II. Die Wirkungen der Verwandlung. Seite

§ 11. 1. Beim Entstehen eines wirklichen Darlehens . . . 56
2. Beim Entstehen einer abstrakten Schuld.
§ 12. a) Die gemeinsamen Wirkungen für novatorisches und accessorisches Schuldversprechen 59
§ 13. b) Die verschiedenen Wirkungen beider Arten . . 61
§ 14. 3. Bei Annahme bloßer Abänderung 63

Literaturverzeichnis.

Achilles, Gebhardt und Spahn, Protokolle der Kommission für die zweite Lesung.

v. Amira, Grundriß des germanischen Rechts.

Arndts, Kritische Überschau.

Arndts, Pandekten, 1883.

Baron, Gesamtrechtsverhältnisse.

Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 2. Aufl.

Bähr, Zur Verständigung über den Anerkenntnisvertrag, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 2.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts.

Brinz, Kritische Blätter, Bd. 1 (1852).

Brinz, Pandekten, 1882.

Broicher, § 607 Abs. 2 BGB. und seine Wirkungen. Jena 1906.

Brunner, Quellen und Geschichte des deutschen Rechts.

Bruns-Eck, Das heutige römische Recht.

Bruns, Constitutum debiti in der Zeitschrift f. Rechtsgesch. 1861.

Buhl, Beiträge zur Lehre vom Anerkenntnisvertrage.

Bülow, Zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten im Archiv für zivil. Praxis, Bd. 62.

Busch, Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Corpus iuris civilis, von Mommsen, Krüger, Schöll.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900.

Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte.

Dankwardt, Nationalökonomie und Jurisprudenz, 1857.

Demelius, Realkontrakte im heutigen Recht in Iherings Jahrbüchern, Bd. 3.

Dernburg, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reiches.

Dernburg, Pandekten.
Eisele, Über Realkontrakte, in der Zeitschrift f. Schweiz. Recht. Bd. 25.
Endemann, F., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Endemann, W., Das deutsche Handelsrecht, 1876.
Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluß des Handelsrechts, 1900.
Enneccerus, Bürgerliches Recht. Bd. 1. 2. Aufl. 1901.
Farnbacher, Das Darlehn, in den Blätt. für Rechtsanw. Bd. 63. 1898. Nr. 28. S. 509.
Fischer-Henle, Das bürgerliche Gesetzbuch, Handausgabe 1904.
Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts, 5. Aufl.
Fricke, Das abstrakte Schuldversprechen, 1902.
Gide, Études sur la novation, 1879.
Gierke, Grundzüge des deutschen Privatrechts.
Glück, Erläuterung der Pandekten.
Gneist, Die formellen Verträge des neueren Obligationenrechts.
Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Hasenöhrl, Das österreichische Obligationenrecht, 1890.
Heimbach, Die Lehre von dem Kreditum, 1849.
Hesse, Über Wesen und Arten der Verträge, 1868.
Heumann, Handlexikon, 8. Aufl.
Hruza, im Sächsischen Archiv. Bd. 5.
Hruza, Zur Lehre von der Novation im österreichischen und gemeinen Recht.
Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts.
Huschke, Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehn, 1882.
v. Ihering, Geist des römischen Rechts.
v. Ihering, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, in seinen Jahrbüchern. Bd. 2.
v. Ihering, Zweck im Recht. 3. Aufl. Bd. I. S. 156 ff.
Karlowa, Rechtsgeschichte.
Keller, Pandekten, 1866.
Klemperer, Zu § 607 Abs. 2 BGB. In Gruchots Beiträgen. Bd. 43.
Koch, C. F., Das Recht der Forderungen.
Kohler, Gesammelte Abhandlungen.
Krahmer, Der Darlehnsbegriff des BGB., Hall. Diss. 1900.
Kuhlenbeck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Liebe, Die Stipulation und das einfache Versprechen.
Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Martin, Die Verwandlung bestehender Schulden in Darlehnsschulden. Marburg. Diss. 1903.
Merkel, Der römisch-rechtliche Begriff der Novation, Straßburg 1892.
Motive zu dem Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Pegels, Natur und Wirkungen der Vereinbarung, daß aus beliebigem Grunde geschuldetes Geld künftig als Darlehn geschuldet werden soll. Rostocker Diss. 1903.
v. der Pfordten, Abhandlungen zum Pandektenrecht.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Puchta, Pandekten.
Rehbein, Die Entscheidungen des vormaligen preußischen Obertribunals auf dem Gebiete des Civilrechts.
Rehme, Das Lübecker Oberstadtbuch.
Reinhold, Natur der sogenannten Realverträge.
Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts.
Römer, Die bedingte Novation nach dem römischen und heutigen Rechte.
v. Rönne, Ergänzungen und Erläuterungen der preußischen Rechtsbücher durch Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
Salkowski, Zur Lehre von der Novation nach römischem Rechte.
v. Salpius, Novation und Delegation nach römischem Rechte.
v. Savigny, Das System des heutigen römischen Rechts.
v. Savigny, Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung.
Sander, Die Verwandlung einer anderen Schuld in eine Darlehnsschuld. Breslauer Diss. 1905.
Scheele, Rechtsfragen aus der Praxis des gemeinen Rechts. In Gruchots Beiträgen. Bd. 16. S. 130 f.
Scherer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des österreichischen Privatrechts. 1. Heft: Das Darlehen.
Schmitz, Natur und Wirkungen der Vereinbarung, daß aus einem anderen Grunde geschuldetes Geld künftig als Darlehn geschuldet werden soll. Rostocker Diss. 1902.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB.
Schwartz, Das Wesen der Novation. Gött. Diss. 1902.
Schwarz, Bürgerliches Recht. 1905.
Seufferts Archiv der Entscheidungen der obersten Gerichte.
Seuffert, Praktisches Pandektenrecht. 1848.
Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht. 1868.

Sohm, Institutionen des römischen Rechts. 9. Aufl.
Sohm, Das Recht der Eheschließung.
v. Staudinger, Kommentar zum BGB. 1901.
Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen. Bd. III.
Stölzel, Schulung für civilistische Praxis. Bd. 1. 3. Aufl. 1898.
Storch, Der heutige, insbesondere landrechtliche, Darlehnsvertrag. 1878.
Strohal, in Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. 10. S. 412 ff.
Strohmeyer, Der Vertrag nach § 607 II BGB. Rostock. Diss. 1905.
Unger, in Grünhuts Zeitschrift Bd. 15, Über Obligationenrecht.
Unger, Zur Lehre vom Anerkenntnisvertrage in Iherings Jahrbüchern. Bd. 8. S. 185 ff.
Unger, Realkontrakte im heutigen Recht, in demselben Bde.
Unterholzner, Recht der Schuldverhältnisse.
v. Vangerow, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. III. 7. Aufl.
Wendt, Pandekten 1888.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 1823.
Windscheid, Pandekten. 1891.
Witte, Die bindende Kraft des Willens im Obligationenrecht, in „kritische Vierteljahrsschrift". Bd. 6.
Zimmermann, in den Verhandlungen des 9. deutschen Juristentages, Verhandlung II. S. 455 ff.

§ 1.

A. Einleitung.

Die Frage nach der Verwandlung einer anderen Schuld in eine Darlehensschuld ist nicht nur von Bedeutung dafür, welche Wirkungen diese Verwandlung für die Kontrahenten und die Schuld selbst zeitigt, sondern die Beantwortung dieser Frage ist ein Beitrag für die Frage nach der Schuldumwandlung überhaupt und damit auch ein Beitrag für die allgemeine Schuldlehre als solche.

Mit der rechtlichen Möglichkeit, eine bestehende Schuld in eine Darlehensschuld zu verwandeln, hat sich mehr oder weniger die Gesetzgebung der verschiedensten Zeiten beschäftigt. Während das neueste Gesetz, das Bürgerliche Gesetzbuch, die Möglichkeit einer solchen Vereinbarung in § 607 Abs. 2 bestimmt zugibt, ist diese Frage im Gesetzbuche Justinians durch zwei entgegengesetzte Meinungen (l. 34 D. 17,1 und l. 15 D. 12,1) vertreten, also bestritten; ebenso nimmt das Preußische Allgemeine Landrecht keine klare Stellung zu unserer Frage (I 11 § 860 f., I 16 § 452, 454; auch I 11 § 752). Aber auch das Bürgerliche Gesetzbuch sagt an der angezogenen Stelle nur, daß ein solcher Vertrag gültig sein soll; über seine materielle Natur und über die aus dieser entspringenden Wirkungen sagt es ebenso wie die früheren Gesetzbücher nichts. Die Frage hiernach „ist eine Frage, die fast seit 2000 Jahren den Rechtsverkehr bewegt“ [1]).

[1]) Stölzel I S. 330.

Was wollen die Parteien A und B, wenn sie die Vereinbarung treffen, eine von A dem B aus irgend einem Grunde geschuldete Summe solle in Zukunft als Darlehen geschuldet werden? Die Beantwortung dieser Frage ist auf verschiedene Weise versucht worden. Die einen sehen darin die Begründung eines wirklichen Darlehens, entstanden durch die Fiktion, daß die Schuldsumme dem Gläubiger zurückgegeben und von diesem dem Schuldner wieder bar geliehen sei; andere wollen darin eine abstrakte Vereinbarung, ein Schuldanerkenntnis, erblicken, sei es nun, daß sie der Ansicht sind, die frühere Schuld bestehe daneben fort, sei es, daß sie behaupten, die frühere Schuld sei verschwunden und an ihre Stelle durch die Anerkennung der Schuldsumme eine neue Verbindlichkeit getreten, während eine vierte Ansicht in der Vereinbarung des genannten Beispiels nichts weiter sehen will, als ein Fortbestehen der alten Schuld in abgeänderter Form [2]). Sind sämtliche vier Auslegungen juristisch möglich und haltbar, oder wenn nicht alle, so doch wenigstens die eine oder andere von ihnen und welche? Und wie sind im einzelnen Falle die Wirkungen?

B. Ausführung.

I. Die verschiedenen Versuche, die Verwandlung einer anderen Schuld in eine Darlehensschuld rechtlich zu konstruieren.

1. Konstruktion einer wahren Darlehensschuld.

§ 2 a. Gab und gibt es Realverträge?

Es liegt wohl am nächsten, in der Parteiverabredung, eine beliebige Schuld in eine Darlehensschuld umzuwandeln,

[2]) Martin, Verwandlung bestehender Schulden § 1.

die Entstehung eines wahren Darlehens zu sehen. Denn wenn dies durchaus unmöglich wäre, so hätte der Verkehr, so mußte man annehmen, den Ausdruck Darlehen für eine solche umgeänderte Schuld nicht geschaffen. Aber oft versteht man unter „Darlehen" nicht ein wirkliches Darlehen, sondern meint damit — da Darlehen nur eine Unterart des Kredits ist — Kreditgewährung, Stundung, Sicherung, Verzinsung und dergleichen. Deshalb ist zu bemerken, daß diese Fälle hier nicht in Betracht kommen, sondern nur die, in denen die Parteien in Wirklichkeit ein Darlehen begründen wollen. Ist nun die Verwandlung einer andern Schuld in eine wahre Darlehensschuld möglich?

Ehe wir indessen zur Beantwortung dieser Hauptfrage übergehen, müssen wir eine für die Beantwortung wichtige Streitfrage entscheiden, nämlich die Frage nach der Realnatur des Darlehens, welche Frage die weitere in sich schließt, ob das moderne Recht überhaupt noch Realverträge kennt.

„Realkontrakte sind diejenigen Kontrakte, die auf Grund einer Vermögenshingabe, res, klagbar sind"[1]). Diese Begriffsbestimmung will sagen, daß beim Realkontrakt die res, die Hingabe und Annahme einer Sache, diejenige causa civilis ist, welche das Recht verlangt, um den Vertrag gültig entstehen zu lassen. Ebenso im germanischen Recht. Der Vertrag ist Realvertrag, „der erst dann verbindlich ist, wenn von einer Seite die Leistung erfolgt ist"[2]). Für das römische Recht ist das Bestehen von Realkontrakten von der Wissenschaft von jeher nachgewiesen[3]). Deshalb ist eine Kritik hierüber als über-

[1]) Sohm, Institutionen § 79.

[2]) Sohm, Recht der Eheschließung S. 34 ff.

[3]) Nur zwei vereinzelte Gegner dieser Ansicht finden sich: Reinhold S. 31, der behauptet, „es könne keine Realkontrakte geben" und Storch S. 27, „es habe in Rom keine Realkontrakte gegeben".

flüssig zu unterlassen. Wenn man nun auch bis in die neueste Zeit angenommen hat, daß nach deutschem Rechte die formlose Vertragsverabredung bindend gewesen sei, daß also alle Verträge Konsensualverträge gewesen seien, so muß man doch seit Sohm[2]) es als feststehend ansehen, daß ein Vertrag nur dann gültig war, wenn er entweder — wie bei den zweiseitigen Verträgen — mindestens schon von der einen Seite erfüllt war, oder wenn sein Abschluß in einer bestimmten Form erfolgte. Die erste Art der Verträge sind eben die Realverträge, die es also auch im älteren deutschen Rechte gab[4]). Dagegen ist es schon eine sehr bestrittene Frage, ob es im gemeinen Recht Realverträge gegeben hat.

Von den vielen Rechtsgelehrten, die im Bestehen von Realkontrakten im gemeinen Recht leugnen, gehen Keller, Vangerow und andere[5]) von der Unterstellung aus, daß der Hingabe der Sachleistung jedesmal eine Vereinbarung vorausgegangen sei, eine Vereinbarung, die man z. B. mit pactum de mutuo dando, de commodando usw. bezeichne. Daher solle man lieber einen zweiseitigen, statt zweier einseitigen Verträge annehmen, man solle nicht mehr z. B. das pactum de mutuo dando von dem mutuum unterscheiden, sondern beide unter dem Begriff mutuum einbegreifen. Dieser Unterstellung gegenüber brauchen wir aber nur einen Fall aus dem täglichen Leben herauszugreifen, um die Irrigkeit dieser Ansicht einzusehen. Nehmen wir den Fall, ein paar befreundete Studenten sprechen über das vier Wochen entfernte Pfingstfest. A und B fragen den C und den D, ob sie mit ihnen eine Pfingstreise unternehmen würden. Als diese wegen Examens-

[4]) Vgl. auch Brunner, S. 278; Heusler, S. 228 Bd. II.

[5]) Keller § 222; v. Vangerow III S. 255; Dankwardt S. 63; Hruza, Novation S. 37 Nr. 10; Wening-Ingenheim II § 71.

arbeiten ablehnen, erkundigt sich A bei C und D, wer ihm über die Ferien 20 Mark leihen könne, da er seinen Wechsel von seinem Onkel erst mitbringen werde, während B gern einen Rucksack geliehen haben und seinen Hund in gute Obhut geben möchte. D erbietet sich zum Borgen des Geldes und des Rucksackes, während C gern den Hund zu sich nehmen will. Diese ganzen Beredungen geschehen doch nur zur Information der Ausflügler, auf keine Weise liegt, die Absicht vor, sich verpflichten zu wollen. Wo aber keine Beredung mit obligatorischer Bindung vorliegt, ist juristisch überhaupt keine Vereinbarung vorhanden. Und wo ist in dem Falle eine vorausgehende Vereinbarung, wenn mein Freund in meine Wohnung kommt, um sich ein bestimmtes Buch zu leihen, das ich ihm sogleich einhändige?

Während die oben genannten Schriftsteller die Ansicht aufstellten, daß die alten römischen Realkontrakte im gemeinen Recht Konsensualkontrakte geworden seien wegen der Verschmelzung der vorangegangenen Vereinbarung mit der Übergabe den res, will Demelius in seiner Abhandlung „Realkontrakte im heutigen Recht“ [6]) der Behauptung zur Anerkennung verhelfen, daß die Hingabe der res im gemeinen Recht immer und ausschließlich Erfüllung sei, wenn auch nicht einer vorausgegangenen Verpflichtung, so doch der Verbindlichkeit, die nach dem Willen der Parteien in demselben Augenblick übernommen und erfüllt werde. Aus diesem Grunde sei die res Folge des consensus, Äußerung des consensus. Gibt es aber eine Verbindlichkeit, die in demselben Augenblick erfüllt wird, in dem sie entsteht? Nein, eine solche Verbindlichkeit hat ja keinen Augenblick lang bestanden, also war sie überhaupt nicht vorhanden. Und eine Verbindlichkeit,

[6]) S. 399 ff.

die nicht bestanden hat, kann doch auch nicht erfüllt werden. Folglich kann die res nicht solvendi causa gegeben worden sein.

Auch Arndts[7]) verneint das Bestehen von Realkontrakten im gemeinen Recht, indem er eine nicht zu billigende Auffassung von dem Verhältnis von res und consensus entwickelt. Seine Beweisführung ist folgende: Im römischen Recht müsse, damit eine klagbare Obligation entstehe, zu der formlosen übereinstimmenden Willenserklärung noch etwas hinzukommen. Dies sei entweder eine bestimmte Form oder die Hingabe einer Sache oder eine sonstige Leistung, während der bloße consensus nur in bestimmten Fällen zur Klagbarkeit genüge. Nun sei durch Gewohnheitsrecht die Klagbarkeit der nuda pacta zur Regel geworden; die Folge sei, daß es nunmehr nur noch Konsensualkontrakte gäbe.

Der Fehler der Ansicht, daß die res nur die Bestimmung gehabt habe, einer obligatorischen Vereinbarung Klagbarkeit zu verschaffen, beruht auf der Gegenüberstellung von verba, litterae, res, die man gleichartig nebeneinander reiht, und consensus. Dies ist aber falsch. Die vier benannten Realkontrakte sind formlose, kausal bestimmte Schuldverträge, herstammend aus dem ius gentium.[8]) Daher müssen sie den Konsensualkontrakten nebengereiht und den beiden Arten der Formalkontrakte gegenübergestellt werden. Wenn also bei den Realverträgen der consensus zur Klagbarkeit nicht ausreichte, so ist das formulistische Prinzip, da es hier keine Geltung hatte, sicher nicht der Grund dafür. „Es kann folglich nicht die res ein Surrogat für die fehlende Form sein.“[9]) Wenn ein

[7]) § 232 Anm. 4.

[8]) Brinz, Pand. 2. Aufl. II S. 137; Eisele S. 9; Wendt, Pand. § 194, S. 478, 479.

[9]) Eisele, S. 9.

Surrogat nötig gewesen wäre, warum hat man dann für die ursprünglichen vier Konsensualverträge keins gefunden, was doch sehr einfach gewesen wäre: denn man hätte doch auch hier die res verlangen können. Nein, „das ius gentium führte mit dem Verzicht auf die Förmlichkeit von selbst zur Unterscheidung von Real- und Konsensualkontrakten.“ [10])

Die Folgerung aus dem Klagbarwerden sämtlicher pacta: es gäbe keine Realverträge mehr, ist also falsch. Nur genügen die Gründe der Römer für das Fortbestehen der Realverträge im gemeinen Recht nicht.

Bei dem Versuch der Lösung der Frage nach dem Fortbestehen der Realverträge haben nun Brinz und seine Anhänger Windscheid und Unger folgendes behauptet. Brinz [11]) sieht nicht wie andere [10]) in der Vereinbarung das Hauptsächliche, zu der die res zum Zwecke der Klagbarmachung der Obligation hinzutrete, sondern in der res, der Hingabe. Zu dieser trete nur der modus der datio als das obligatorische Element des Realkontraktes hinzu. Der Geber gebe dem Empfänger die Sache mit der Auflage der Zurückgabe oder der Gegenleistung. Die res sei nicht Mittel, um die Klagbarkeit herbeizuführen, sondern der Zweck, den die Klagbarkeit als Mittel erheische.[13]) Dieser Ansicht ist auch Windscheid beigetreten; denn bei ihm [14]) findet sich der Satz: „Der Begriff der Realverträge ist näher so zu denken: Der Gläubiger leistet unter der Auferlegung einer Verpflichtung, der Schuldner nimmt die Leistung, wie sie ihm gemacht worden ist, und damit

---

[10]) Wendt § 194, S. 479.

[11]) Brinz, Pand. 1. Aufl. S. 370 ff, 433 f; 2. Aufl. II S. 134, auch S. 591; ders. in Krit. Blätt. S. 20 ff.

[12]) Keller, Arndts u. and., s. o.

[13]) Brinz, Krit. Blätt. S. 31, 32.

[14]) Windscheid, Pand § 312 Nr. 4.

die Auflage der Verpflichtung an.“ Dieser Auffassung ist aus zwei Gründen entgegenzutreten: „Der modus zwingt, suspendiert aber nicht,“[15]) d. h. es entsteht ein juristisch unanfechtbares Rechtsgeschäft, zu dem der modus als Nebenbestimmung hinzutritt. Nach Brinz und Windscheid würde der sog. „modus“ beim Realvertrag der bloßen Übergabe der res erst den juristischen Charakter verleihen. Damit wäre hier mit „modus“ etwas ganz anderes bezeichnet, als was die Rechtssätze über den modus angeben.[16]) Der andere Grund für die Verwerfung der geschilderten Ansicht ist der, daß sich der modus nur bei solchen Vermögenszuwendungen findet, die endgültig sein sollen, es sei denn, der Bereicherte handele dem modus entgegen. In diesem einen Falle würde das Rechtsgeschäft rückgängig gemacht werden können. Hier dagegen wurde die Rückgängigmachung in dem Falle eintreten, in welchem der Empfänger dem modus gemäß handelt.[17])

In der Auffassung des Wesens der Realverträge stimmt Unger[18]) den Ansichten von Brinz fast bedingungslos bei. Nur in einem Punkte glaubt er dessen Ausführungen einschränken zu müssen. Er gibt zu bedenken, daß ein wirklicher modus nur bei freigebigen Zuwendungen vorkomme. Überall wo das Geben und Nehmen lediglich den Vorteil des Empfängers bezwecke, sei die Verpflichtung eine Folge des Nehmens. Der modus sei hier eine „mit dem Vorteil verknüpfte Beschwerung.“[19]) Der Empfänger brauche ja nur nicht zu nehmen, dann werde er von der Verpflichtung frei. Da niemand gezwungen werden könne, zu seinem eigenen Vorteil zu

[15]) v. Savigny, System, Bd. III § 128 S. 231.
[16]) Eisele, S. 10.
[17]) Eisele, a. a. O.; Pegels, S. 16.
[18]) Unger bei Ihering, Bd. VIII S. 1 ff.
[19]) Unger, a. a. O. S. 10.

handeln[20]) und in eigenem Interesse zu nehmen, so sei der Promittent Herr seines Schicksals, er binde sich nur, wenn und soweit er nehme, somit also erst re, durch die Tat, und nicht schon nudo consensu. Dagegen seien Konsensualverträge in den Fällen vorhanden, wo der Empfänger nicht mehr zurückkönne, wo er durch sein Versprechen gebunden sei. Und dies trete immer dann ein, wenn nicht der Empfänger allein den Vorteil von dem Vertrage habe. Wenn nun auch Unger nur für die freigebigen Zuwendungen den modus anerkennt und für die anderen Fälle Brinz widerspricht, so bleiben die Einwendungen, die oben gegen die modus-Theorie erhoben worden sind, auch hier bestehen. Daher kann man mit den Ausführungen Ungers — ebenso wie mit denen von Windscheid und Brinz — das Bestehen von Realverträgen im gemeinen Recht nicht beweisen.

Die überzeugende und wohl auch im allgemeinen am meisten anerkannte Ansicht[21]) über das Bestehen von Realverträgen im modernen Recht geht von dem gleichwertigen Nebeneinanderbestehen von res und consensus bei dieser Art von Verträgen aus. Res und consensus sind Bestandteile eines einheitlichen Ganzen, die zu einander im Verhältnis von Zweck und Mittel stehen. Der Zweck der Sachübereignung ist das Verpflichtetwerden des Empfängers, das Mittel, diesen Zweck zu erreichen, ist die Hingabe. Denn wenn der Geber den Empfänger obligatorisch verpflichten will, muß er auch das Mittel, diesen Zweck herbeizuführen, wollen. Da nun die res, die Hingabe, das Mittel zur Erreichung des gewollten Zweckes ist, so kann dieser Zweck erst mit der Sachleistung erreicht werden. Daher liegt in dem Falle ein Realvertrag vor,

---

[20]) Unger, S. 20.

[21]) Zuerst aufgestellt von Eisele, a. a. O. (1884) S. 12 ff.

wo die Verpflichtung des Empfängers mit der Hingabe durch den Geber zustande kommt.

Wenn nun aber Eisele, der zu demselben Ergebnisse kommt, weiterhin die Ansicht vertritt,[22]) daß die res ganz notwendig zu dem consensus hinzukommen müsse, da eine Verpflichtung zur Rückgabe ohne Hingabe unmöglich sei, daß also eine Obligation vor der Hingabe nie gedacht werden könne,[23]) so ist dem entgegenzuhalten, daß eine Notwendigkeit der Verbindung von res und consensus nur da besteht, wo das Gesetz oder der Parteiwille sie erfordern. Denn eine rechtliche Unmöglichkeit, daß der Empfänger sich vor der Hingabe dem Geber zur Rückgabe verpflichtet, kann trotz der Ausführungen der genannten Schriftsteller nicht geleugnet werden.[24])

Das Ergebnis, das sich nun aus den bisherigen Ausführungen ergibt, ist folgendes: Verträge, die notwendig und immer Realverträge sind, gibt es im gemeinen Recht nicht mehr. Es ist vielmehr in jedem einzelnen Falle, wenn nicht genaue Bestimmungen des Gesetzes vorliegen, zu prüfen, ob ein Vertrag als Realvertrag oder Konsensualvertrag abgeschlossen ist. Geht aus den Abmachungen der Parteien hervor, daß sie vor der Hingabe des Gegenstandes nicht gebunden sein wollen, so liegt unzweifelhaft ein Realvertrag vor,[25]) Es können mithin auch Verträge, die bisher als Konsensualverträge gelten, als Realverträge abgeschlossen werden, womit freilich nicht gesagt wird, daß diese Verträge nicht in den meisten Fällen ihre Natur als Konsensualverträge behielten. Wo aber

[22]) Eisele, S. 13.

[23]) Eisele, S. 16; ebenso v. d. Pfordten. S. 296 f., Sintenis, Bd. II S. 254 Note 3.

[24]) Demelius, S. 407; Brinz, Krit. Blätt. S. 25.

[25]) Dernburg, Pr. Priv. R. Bd. II § 133 Anm. 1; Crome, § 53; Klemperer bei Gruchot Bd. 43 S. 567 ff; Windscheid, § 312.

aus dem Gesetz oder den Parteiäußerungen hervorgeht, daß der Vertrag erst durch das Geben und Nehmen der Parteien perfekt sein solle, liegt unzweifelhaft Realvertrag vor.

Es gibt also auch im gemeinen Recht noch Realverträge.

Dasselbe gilt für das Bürgerliche Gesetzbuch. Denn der Gegensatz von Real- und Konsensualverträgen ist „keine nationalrömische Erfindung, sondern liegt in der Natur der Sache.“[26]) So verlangt das BGB. z. B. im § 688 für die Verpflichtung des Verwahrers neben der Vereinbarung die Übergabe der zu verwahrenden Sache. Auch stehen die meisten Schriftsteller für das BGB. auf dem Standpunkt des Bestehens von Realverträgen.[27]) Da das Gesetzbuch selbst sich zu der Frage über die Natur der Realverträge nicht ausläßt, so wird auch hier das Ergebnis, das wir für das gemeine Recht gefunden haben, Geltung besitzen: Es ist jeder Vertrag ein Realvertrag, wenn durch Gesetz oder Parteiwillen die gegenseitige Bindung nicht vor dem Geben und Nehmen der Sache erfolgen soll.

Es gab und gibt also Realverträge.

§ 3. b. War und ist das Darlehen Realvertrag?

Darlehen ist nach den verschiedenen Rechten ein Vertrag, durch den jemand einem anderen Geld oder andere vertretbare Sachen zu Eigentum unter der Verpflichtung übergibt, das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten. Im römischen Recht

---

[26]) Engelmann, BGB § 80.

[27]) Cosack, § 142; Dernburg Bd. II S. 172, Engelmann a. a. O.; Endemann, S. 449; u. a.

gehört es zu den vier Realverträgen, erst die Hingabe brachte ein Darlehen zustande.

l. 2 D. 12, 1 § 3: re contrahitur obligatio veluti mutui datione und

pr. I, 3, 14: mutuum non potest esse nisi proficiscatur pecunia.

So auch Dernburg: Die Hingabe ist für das römische Recht „eine positive und zwingende Bedingung der Klagbarkeit.“ [1]) Wenn nun auch zunächst unmittelbarer Übergang aus dem Eigentum des Gebers in das des Empfängers verlangt wurde, so blieb man dabei nicht stehen. Es genügte, wenn der Empfänger nicht unmittelbar, sondern durch Ersitzung [2]) oder Vermischung [3]) Eigentümer wurde. Auch dann entstand ein wirkliches Darlehen, wenn der Darleiher dem Empfänger Sachen zum Verkauf übergab mit der Verabredung, den Erlös daraus als Darlehen zu behalten. [4]) Auch konnte der Darleiher einen anderen anweisen, dem Darlehnsnehmer eine bestimmte Summe zu zahlen. [5]) Man ging sogar soweit, daß man die Hingabe an einen Dritten und durch einen Dritten auf Geheiß des wahren Darleihers gestattete. [6])

Wie oben angegeben, [7]) kannte das deutsche Recht neben den Formalverträgen die Realverträge. Zu diesen gehörte ohne Zweifel auch das Darlehen. [8]) Denn es wird gegeben, um zu verpflichten, Der bisher unverbindliche Konsens der Parteien wird, da er der Form

[1]) Dernburg, Pand. Bd. II S. 21.
[2]) l. 15 § 1 D. 12, 6; l. 60 D. 46, 3.
[3]) l. 78 D. 46, 3.
[4]) l. 11 pr. D. 12, 1; l. 8 C. 4, 2.
[5]) l. 15 D. 11, 1; l. 32 D. 12, 1; l. 34 D. 17, 1.
[6]) l. 9 § 8 D. 12, 1; l. 2 § 4 D. 12, 1.
[7]) S. 14.
[8]) Heusler II S. 247! Gierke, S. 527.

ermangelt, erst durch die Leistung rechtserheblich, sodaß erst von diesem Zeitpunkte an der Schuldner zur Gegenleistung, der Rückerstattung des Erhaltenen, verpflichtet ist.

Was die Schriftsteller für das gemeine Recht angeht, so hält Kohler das Darlehen dann für einen Realvertrag, wenn keine Verabredung der Parteien vorausgegangen sei,[9]) dagegen für einen Konsensualkontrakt, wenn ein Darlehensversprechen vorausgegangen sei.[10]) Dem ersten ist beizupflichten, während beim zweiten wir wieder auf die Ansicht derer treffen, die wie Heise, Vangerow usw.[11]) den Vorvertrag, des pactum de mutuo dando mit dem von ihm durchaus verschiedenen Darlehensvertrage zu einem einheitlichen Vertrage verschmelzen wollen. Das pactum de mutuo dando ist zwar Konsensualkontrakt, hat aber mit dem eigentlichen Darlehensvertrage als solchem nichts zu tun. Man kann nur aus dem etwa abgeschlossenen pactum de mutuo dando auf Vollziehung, d. h. Abschluß des Darlehensvertrages klagen. Gegen diese Ansicht, soweit das verzinsliche Darlehen in Frage kommt, wendet sich auch Huschke:[12]) „Das beredete zinsliche Darlehen jetzt als einen Konsensualkontrakt anzusehen, ist nur ein moderner, die Natur der Sache und alle geschichtliche Entwicklung des Rechts verleugnender Gedanke."

Ebenso wie die Ansicht Kohlers ist auch eine andere weit verbreitete Ansicht[13]) zu verwerfen. Diese behauptet, daß aus der Willenseinigung über ein zu gebendes und

---

[9]) Kohler in s. „gesamm. Abhdl. S. 47.

[10]) Ebenda, S. 211.

[11]) Vgl. oben S. 14 ff.

[12]) Huschke, Die Lehre vom Derlehen S. 27.

[13]) Förster in der früh. Ausgabe von Förster-Eccius § 132; Stobbe Bd. III. § 190 Ziff. 1; Dankwardt, Nationalökonomie u. Jurisprudenz Bd. III S. 63, Bruns-Eck, S. 505.

zu nehmendes Darlehen eine zweiseitige Verbindlichkeit entstehe, auf der einen Seite die Verbindlichkeit der Hingabe, die unter Umständen gleichzeitig mit der Entstehung erfüllt werde, deren Erfüllung aber nie contrahendi. sondern immer solvendi causa erfolge, auf der anderen Seite die Verbindlichkeit der Rückgabe des Erhaltenen und ev. Hingeben des noch dazu Versprochenen, ganz ähnlich der Rückgabepflicht des Mieters. Dem ist entgegenzuhalten: wohl ist der Abschluß des Darlehensvertrages die Erfüllung des pactum de mutuo dando. aber das Darlehen selbst entsteht erst durch die Hingabe. Wäre es anders, so wäre statt der solutio die compensatio denkbar, denn es würde es sich ja nicht um Hingabe einer Summe als Darlehen, sondern um Zahlung der Summe aus dem schon fertigen Darlehensvertrage handeln, die Summe könnte gepfändet, ja auf sie könnte verzichtet werden, ohne daß der andere Teil seiner Gegenleistung ledig würde.[14]) Vergegenwärtigt man sich alle diese Folgerungen, so wird man auch diese Auffassung von dem Wesen des Darlehensvertrages verwerfen müssen. Auch Dernburg[15]) findet, daß die Auffassung des Darlehens als Konsensualvertrag „nicht die historisch gegebene“ sei. Nach ihm[16]) liegt der Vertragsschluß ohne weiteres in der Hingabe und Annahme behufs eines „Darlehens“. Auch Brinz[17]) erklärt den Darlehensvertrag als Realvertrag, wenn er sagt: „es muß bekommen, wer Schuldner werden soll, und er muß von dem bekommen, der Gläubiger werden soll.“ Ebenso hält Windscheid[18]) den Darlehensvertrag für einen Realver-

[14]) Förster-Eccius § 137, Anm. 12.
[15]) Preuß. Priv. Recht Bd. II § 176.
[16]) Pand. Bd. II § 85.
[17]) Pand. Bd. II § 296.
[18]) Pand. Bd. II § 371, Anm. 6.

trag, denn er erklärt, von einem dem Mietsvertrage entsprechenden Konsensualvertrage dürfte nur dann geredet werden, wenn die Absicht der Parteien darauf gerichtet sei, daß jetzt sofort ein Darlehensgeschäft abgeschlossen sein solle, durch welches der eine Kontrahent verpflichtet werde, eine gewisse Summe Geldes zum Gebrauch hinzugeben, der andere, dafür eine Zinsvergütung zu zahlen.

Es ist also für das gemeine Recht die Realnatur des Darlehens als begründet anzunehmen. Was nun die neueste Kodifikation, das Bürgerliche Gesetzbuch, anlangt, so hat es zu der vorliegenden Frage keine jeden Zweifel ausschließende Stellung genommen. Es erklärt das Darlehen nirgends als Konsensualvertrag. Denn wenn auch die Gegner des Realvertrages aus der Fassung des § 607 Abs. 2: „ . . . kann mit dem Gläubiger vereinbaren, daß das Geld . . . als Darlehen geschuldet werden solle," auf die Konsensualnatur des Darlehens schließen wollen, so ist das ein falscher, ganz unberechtigter Schluß. Liegt auch seiner äußeren Form nach hier ein Darlehensvertrag vor, so ist damit noch nicht gesagt, ob diesem formellen Vertrage die materielle Natur eines Darlehensvertrages zukomme. Das will der Abs. 2 des § 607 auch gar nicht entscheiden; er will nur dem Einwande der Klageänderung entgegentreten, wenn der Kläger, der sein Darlehen einklagt, auf die exceptio non numeratae pecuniae die Entstehung des Darlehens klarlegt.[19]) Auch die Beweisführung Krahmers[20]) ist nicht zu billigen. Er kommt zu dem Ergebnis: „Die Durchsicht endigt günstigstenfalls mit einem non liquet, das bedeutet aber bei der Erklärungspflicht des Gesetzbuches: Das

---

[19]) Motive, Bd. II S. 312.

[20]) „Der Darlehnsbegriff des BGB." Diss. Halle. 1900 S. 40 ff.

Darlehen ist nicht als Realkontrakt geregelt.“ Vielmehr muß man, wenn das Gesetzbuch selbst keine Entscheidung trifft, die wählen, welche die historisch gegebene ist, und das ist nach unseren Ausführungen der Charakter des Darlehens als Realkontrakt. Stehen doch auch die Motive, die die Ansichten der Verfasser des Entwurfes enthalten, für das Darlehen auf dem Boden des Realkontrakts: „Unleugbar bleibt, daß der Darlehensvertrag sich von den Verträgen, die man bisher als Konsensualverträge zu bezeichnen pflegte, in manchen nicht unerheblichen Punkten unterscheidet.“[21]) Die Motive weisen ferner auf die Folgen hin, die aus der Auffassung des Darlehens als Konsensualvertrages entspringen würden. So könnte z. B. auf Rückzahlung geklagt werden, ohne daß die Behauptung der Zahlung notwendig sei.[22]) Auch das Gesetz selbst knüpft, wenn auch nicht sämtliche Folgen, wie z. B. die Zinspflicht, so doch die Rückzahlung des Schuldners an den Empfang der Sache: „wer . . . empfangen hat, ist verpflichtet . . . zurückzuerstatten“ (§ 607 Abs. 1). Daher behauptet Endemann[23]) mit Recht: „Die Natur des Darlehens als Realkontrakt ist in den Gesetzesworten deutlich zum Ausdruck gebracht.“ Auch Cosack faßt das Darlehen „regelmäßig als Realvertrag“[24]) auf. Er führt zur Begründung dafür noch den § 652 BGB. an, nach welchem der Darlehensmäkler eine Belohnung nicht schon werde fordern können, wenn er eine Vereinbarung über ein in Zukunft zu gebendes Darlehen vermittelt habe, sondern erst dann, wenn das Geschäft zustande gekommen, die tatsächliche Hingabe des Darlehens erzielt sei.[21]) Ganz kurz und selbstverständlich

[21]) Motive, Bd. II S. 306.
[22]) Weitere Beispiele s. S. 24.
[23]) BGB. Bd. II. S. 204.
[24]) BGB. Bd. II S. 502.

sagt Dernburg: „Das Darlehen ist auch nach BGB. Realkontrakt.“ [25])

Nach den bisherigen Ausführungen ist damit die Streitfrage in bejahendem Sinne entschieden:

Es gibt im modernen Recht Realverträge. Das Darlehen ist ein Realvertrag.

§ 4. c) Über die Möglichkeit der Konstruktion einer wahren Darlehensschuld.

Nach dieser Vorentscheidung, daß das Darlehen nach sämtlichen hier hauptsächlich interessierenden Rechten ein Realvertrag ist, können wir der Entscheidung über die juristische Natur der Verwandlung einer anderen Schuld in eine Darlehensschuld näher treten.

Am nächsten liegt es wohl, aus dem Worte Darlehensschuld zu folgern, daß ein wirkliches Darlehen entstanden sei. Kann dies geschehen? oder geschieht dies sogar notwendigerweise?

Für das römische Recht ist die Ansicht, daß durch die Verwandlung einer anderen Schuld in eine Darlehensschuld ein „wahres“, „materielles“, „effektives“ Darlehen geschaffen werde, ohne Zweifel aus den Quellen zu rechtfertigen, wenn auch zwei entgegengesetzte Meinungen in der Kodifikation Justinians zu finden sind.

Die erste ist die des Africanus in l. 34 pr. D. 17, 1 Satz 1 und 2:

„Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistulam ad eum emisit, qua significaret certam summam ex administratione apud se esse eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus: quaesitum est, an ex ea causa credita pecu-

[25]) Dernburg, BGB. Bd. II S. 204.

nia peti possit et an usurae peti possint respondit non esse creditam: alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse,"

oder in der Übersetzung:

„Als ein Bevollmächtigter des L. Titius von dessen Schuldnern Geld eingezogen hatte, sandte er ihm einen Brief mit der Anzeige, daß er eine bestimmte Summe aus seiner Verwaltung in den Händen habe und sie ihm als Darlehen mit 6% Zinsen schulden wolle: es wurde gefragt, ob aus diesem Rechtsgrunde das geschuldete Geld zurückgefordert werden könne und ob die Zinsen eingeklagt werden könnten. Der Jurist antwortet, daß kein Darlehen vorliege: denn sonst müsse gesagt werden, daß aus jedem klagbaren Vertrage durch bloße Vereinbarung ein Darlehen werden könne."

Africanus behauptet also, daß nur durch unmittelbaren Übergang der Darlehenssumme aus der Hand des Gebers in die des Empfängers ein Darlehen begründet werden könne. Folglich könne der, welcher aus der Verwaltung des Vermögens des Titius Geld in seiner Hand habe, nicht durch bloße Einigung mit Titius dies Geld als Darlehen behalten. Er verweist in strengem Festhalten an dem Grundsatze der Notwendigkeit der persönlichen Übereignung beim Darlehen den Titius auf die Auftragsklage: „ . . . dicendum actione mandati obligatum fore procuratorem . . . "[1]). Africanus scheut sich vor den Folgerungen, weil ja „sonst aus jedem Kontrakt durch bloße Abmachung ein Darlehen werden könne". Diese Frage rein wirtschaftlicher Natur nun auch rechtlich unterzubringen, macht sich ein späterer Schriftsteller, nämlich Ulpianus, anheischig. Er argumentiert in der l. 15 D. 12,1 folgendermaßen:

[1]) l. 34 pr. D. 17,1 letzter Satz.

„Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. quod igitur in duabus personis recipitur hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta“,

oder in der Übersetzung:

„Einiges Eigentümliche ist inbezug auf dargeliehenes Geld angenommen worden. Denn wenn ich meinem Schuldner befohlen haben werde, dir Geld zu geben, so wirst du mir verpflichtet, obgleich du meine Geldstücke nicht empfangen hast. Was also bei zwei Personen angenommen wird, das ist auch bei derselben Person anzunehmen, sodaß, wenn du mir aus dem Rechtsgrunde des Auftrages Geld schulden solltest und wir die Vereinbarung getroffen haben, daß du es als Darlehen behalten mögest, es so angesehen wird, als sei mir das Geld von dir gegeben und von mir wieder auf dich übergegangen.“

Indem sich Ulpianus auf die Worte des Africanus in der l. 34 pr. D. 17,1 „ . . . item quod si a debitori meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est . . . .“ beruft, in denen dieser selbst zugibt, daß Billigkeit hier für das Bestehen eines Darlehensvertrages spreche, schließt er weiter, daß das, was zwischen zwei Personen möglich sei, auch dann rechtliche Geltung haben müsse, wenn der Darlehensempfänger und der angewiesene Schuldner in einer Person zusammenträfen. Zu diesem Ergebnisse kam Ulpianus, weil er auf der Suche nach dem Unterbringen dieser Vereinbarung in dem Systeme des römischen Obligationenrechts keinen anderen Platz fand. Denn diese nuda pactione abge-

schlossene Verwandlung gehörte weder zu den bekannten Konsensualkontrakten noch zu den wenigen pacta vestita. Folglich blieb nichts übrig, als die „technische Notlüge“ [2]), die Fiktion, deren Begriff nach von Savigny [3]) darin besteht, daß beim Entstehen einer neuen Rechtsform diese unmittelbar an eine alte bestehende angeknüpft und ihr auf diese Weise die Bestimmtheit und Ausbildung dieser bestehenden zugewendet wird. Ulpianus fingiert hier also ein doppeltes: erstens, daß der Schuldner dem Gläubiger gezahlt, und zweitens, daß der Gläubiger dem Schuldner das Gezahlte sofort zurückgegeben habe. Da hier zweimal eine Hingabe der res stattgefunden hat, ist gegen die Realnatur des Darlehens nicht gesündigt worden.

Wenn nun eingewendet wird, daß Ulpianus in der angezogenen Stelle nur von einer Verwandlung der Schuld aus einem Mandatsverhältnisse [4]) spreche, so ist dem zu widersprechen. Denn dies Mandatsverhältnis ist von Ulpianus nur als Beispiel dafür angeführt worden, daß aus jedem Kontrakte „pecuniam creditam fieri posse“, nicht aber, um die Möglichkeit der Vereinbarung auf den einen Fall zu beschränken. Dagegen spricht schon die Ausdrucksweise der Stelle, welche die Ansicht des Verfassers gerade als eine durch die Analogie der singularia recepta gebotene weitergehende Neuerung ankündigt. [5]) Auch widerlegt an einer späteren Stelle [6]) Ulpianus selbst diese Auffassung, wenn er nämlich erklärt, daß jede Kontraktsschuld sich in der Weise in eine Darlehensschuld

[2]) von Ihering, Geist des röm. Ps. Bd. III S. 296.

[3]) Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung. S. 32.

[4]) Göschen, Vorles. über d. gemeine Civil-R. II 2 § 474, Anm. 8 S. 284; Kruza, Novation, S. 35. Anm. 16; Römer, bedingte Novation, S. 9 ff.

[5]) Arndts § 280 Anm. 3; Salkowski S. 60; Salpius § 51.

[6]) l. 3 § 3 de S C. Maced. (14,6).

verwandeln lasse, daß man die Schuld als Darlehen beim Schuldner stehen lasse:

„ . . . etsi in creditum abii filio familias vel ex causa emptionis vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi, etsi stipulatus sim[7]): licet coeperit esse mutua pecunia, tamen quia pecuniae numeratio non concurrit cessat senatus consultum . .“

oder in der Übersetzung:

„auch wenn ich dem Hausſohne eine Schuld als Darlehen stehe lasse, die aus einem Kaufgeschäfte oder aus irgend einem anderen Kontrakte herrührt, in welchem ich kein bares Geld gegeben habe — auch in dem Fall, in dem ich eine Stipulation eingegangen bin, gestattet das Recht die Entstehung eines Darlehens; doch weil keine Barzahlung stattfindet, findet das Senatuskonsult keine Anwendung“.

Ebenso hat eine andere Stelle[8]) des Ulpianus zur Voraussetzung, daß jede Schuld in eine Darlehensschuld verwandelt werden könne. Denn hier kann ein Verpflichtungsunfähiger, der bei der Auszahlung eines Fideikommisses über den Empfang einen Schein ausgestellt hatte, während ihm der Schuldner einen Schein ausstellte, nach welchem er sich das Geld von ihm geborgt habe, wieder in den vorigen Stand eingesetzt werden, „weil er das Recht zur Verfolgung seiner Sache, die er durch gerichtliches Erkenntnis erlangt hatte, durch einen neuen Kontrakt in eine andere Forderung verwandelt hat.“

[7]) Hüten muß man sich vor der Auffassung, als seien die Worte: „et si stipulatus sim“ so auszulegen, als sei die Verwandlung der Schuld in ein Darlehen von der Stipulationsform abhängig. Diese Worte wollen nur eine zusätzliche Möglichkeit andeuten, als wenn dastünde: sive stipulatus sim sive non. Und auf diese beiden Fälle gehen die Worte: „coepit esse mutua pecunia“. vgl. Salkowski S. 57 Anm. 61; v. Salpius S. 325.

[8]) l. 40 pr. D. 4,4.

Was nun, um die letzte Einwendung zu entkräften, die der Stelle Ulpians entgegenstehende Bestimmung der l. 34 D. 17,1[9]) anlangt, so ist diese als eine frühere, später überwundene Ansicht zu betrachten, sie ist anzusehen „als eine bloß rechtsgeschichtliche Nachricht“[10]), als ein „Stück innerer Rechtsgeschichte“.[11]) Für die Ansicht des Ulpianus spricht auch der Umstand, daß sie eigens in dem die Darlehenslehre behandelnden Titel steht. Auch die zeitlich spätere Stelle der l. 6 C. 4,2 tut unserer Auslegung keinen Abbruch. Denn diese lex spricht gar nicht von der Verwandlung einer Schuld in eine Darlehensschuld, sondern von einer Zinsstipulation unter den Voraussetzungen des einen von Nicander zur Entscheidung vorgelegten Falles.[12])

Er handelt sich hier also um ein Darlehen ohne tatsächliche Übergabe. Diesem Gültigkeit zu verleihen, bediente sich Ulpianus der Fiktion, daß der geschuldete Betrag gezahlt und sofort vom Gläubiger an den Schuldner wieder ausgeliehen worden sei. Diese Auslegung ist, wie nachgewiesen, die gesetzliche Regelung der Vereinbarung für das römische Recht seit Ulpianus geworden. Daneben ist noch zu beachten, daß die Auffassung der Römer die einzige für sie denkbare ist, da im römischen Recht die übrigen Konstruktionsverhältnisse, die das moderne Recht, wie unten zu zeigen sein wird, kennt, nicht möglich sind.

Wenn wir die Frage aufwerfen, wie es mit der Umwandlung einer anderen Schuld in eine Darlehensschuld im alten deutschen Rechte steht, so müssen wir zunächst feststellen, daß das Darlehen in der vormittelalterlichen

---

[9]) Vgl. S. 24, 25.

[10]) C. F. Koch, Rechte der Forderungen, 2. Aufl. Bd. III S. 307.

[11]) v. Savigny, System, Bd. IV, S. 595.

[12]) Brinz, Pand. § 296 Anm. 21; Salkowski S. 62—67; v. Salpius S. 333—337.

Zeit keine große Rolle gespielt haben kann, da der Deutsche, anders wie der Römer, keine großen Handelsbeziehungen unterhielt, weil seine wirtschaftliche Stärke im Grundbesitze lag. Aber auch als im Mittelalter sich ein Handelsverkehr entwickelte, blieb ein Darlehen wegen des kanonischen Zinsverbotes selten. Ein zinsloses Darlehen werden wir aber wohl als eine nicht häufige Ausnahme ansehen müssen, da der eine Zweck des dargeliehenen Geldes, dem Darleiher handgreiflichen Nutzen und Vorteil zu bringen, nicht vorhanden war. Aus den angeführten Tatsachen wird daher auch das Bedürfnis, eine andere Schuld in ein Darlehen zu verwandeln, kaum vorhanden gewesen sein.

Wie steht es nun im gemeinen Recht? Mit der herrschenden Lehre ist auch hier an der Fiktion festzuhalten, es sei die Verwandlung in der Weise zu erklären, daß die geschuldete Summe dem Gläubiger ausgezahlt und von diesem sofort wieder ausgeliehen worden sei. Diesen Standpunkt vertreten die meisten Schriftsteller[13]) und nach ihnen entscheiden in den meisten Fällen die Gerichte.[14]) So entscheidet z. B. das OLG. Braunschweig am 28. 12. 1893: „Die Sachlage ist juristisch so zu beurteilen, daß die alte Schuld durch Zahlung der schuldigen Leistung getilgt, das Gezahlte aber vom Gläubiger alsbald an den Schuldner wieder zurückgewährt wird". Also auch im gemeinen Recht soll man zur Erklärung der Verwandlung zu der

---

[13]) Brinz, Pand. II § 296 Anm. 14: Dernburg, Pand. II S. 235; Glück, Band. XII S. 18: Heimbach, S. 147—151; C. F. Koch III S. 307; Pegels, S. 27: Salkowski S. 72, v. Salpius S. 327; v Savigny System Bd. IV S. 595; Schmitz, Diss. S. 27; Unger bei Grünhut XV S. 556 Anm. 5; v. Vangerow III S. 366; Windscheid Band. II § 354 Scheele S. 130 Nr. 6.

[14]) Seuffert, Archiv Bd. 22 S. 36; Bd. 49, S. 158; Rehbein-Entsch. II S. 214, ROHG bei Busch IX S. 310.

Fiktion der doppelten Übereignung greifen. Diese Ansicht wird nun von verschiedenen Schriftstellern[15]) deshalb verworfen, weil es dieser Fiktion für das gemeine Recht gar nicht mehr bedürfe. Denn da jede Fiktion nur ein Nothelf sei, durch den Schwierigkeiten in der Verarbeitung neu auftretender Rechtssätze umgangen statt gelöst würden, so müsse diese Fiktion beiseite gelassen werden, wenn es möglich sei, an ihre Stelle ein vollkommeneres Mittel zu setzen.[16]) Dies sei hier der Fall. Denn nach gemeinem Rechte seien ja sämtliche formlosen Vereinbarungen gültig und aus diesem Grunde der umständliche Weg der Fiktion, den Ulpianus noch betreten mußte, zu verlassen.[17]) Falle aber die Fiktion der Übergabe der res weg, so bleibe dennoch zur Begründung eines materiellen Darlehensvertrages das Erfordernis der res bestehen. Und da diese hier infolge der Ablehnung der Fiktion nicht vorhanden sei, so werde auch kein materielles Darlehen begründet.

Wenn wir uns auch den Folgerungen, welche die genannten Schriftsteller aus einem Fortfallen der Fiktion ziehen, nicht entziehen können und wollen, so müssen wir doch dem widersprechen, daß im nachrömischen Rechte die Fiktion bei der Verwandlung einer anderen Schuld in eine Darlehensschuld entbehrlich geworden sei. Ohne Zweifel kann die Absicht der Parteien, wenn sie ausmachen, eine andere Schuld solle in Zukunft als Darlehensschuld geschuldet werden, auf Begründung eines wirklichen Darlehens gehen. Dies folgt aus der Vertragsfreiheit, welche die Parteien nach gemeinem Rechte besaßen. Ein wirkliches Darlehen kann aber, da auch das gemeine Recht

---

[15]) v. Ihering Bd. II S. 134 ff, v. Schey. a. a. O. Heft 1 S. 84—87

[16]) v. Ihering, Geist des Röm. R. III S. 293 ff.

[17]) Ebenso Endemann, BGB. S. 661 Anm. 8; Martin, a. a. O. S. 9; Sintenis § 108 Anm. 10; u. wenn auch nicht klar ausgesprochen: Unterholzner, Schuldverh. S. 12 Anm. 9.

an der Realvertragsnatur des Darlehens festhält, nur dadurch als zustandegekommen angesehen werden, daß man die Fiktion des Hin- und Herschiebens der Geldsumme zu Hilfe nimmt. Sonst müßten Schuldner und Gläubiger, der eine die Summe zahlen, der andere sie zurückzahlen. Und das soll doch gerade vermieden werden. Man wird daher mit den meisten Schriftstellern die Fiktion Ulpians auch für das gemeine Recht gelten lassen.[18])

Zur Begründung der Ansicht, daß durch die Verwandlung der Schuld in eine Darlehensschuld ein materielles Darlehen geschaffen werde, wird von manchen Schriftstellern die Kompensation herangezogen, und zwar geschieht dies wieder in sehr verschiedener Weise.

Pegels und Schmitz behaupten, wie schon oben erwähnt[18]), die Umwandlung sei fingierte Doppelzahlung; daß dies nichts Außergewöhnliches sei, beweise die Kompensation[19])!: Denn auch hier sei die Fiktion einer Doppelzahlung vorhanden. Wenn A und B einander gegenseitig 100 schuldig seien, so werde fingiert, A zahle dem B 100 und B dem A 100. Dies Hin- und Herschieben werde durch das Gesetz beiden erlassen. So ist aber der Vorgang nicht auszulegen. Die Kompensation ist nicht als eine beiderseitige Zahlung aufzufassen; denn bei der Zahlung erhält der Gläubiger das Schuldobjekt, es fehlt also die Form der Zahlungshandlung. Nein, die Kompensation besteht neben der Zahlung als selbständiger Schuldtilgungsgrund[19]); jeder behält das, was er schuldig ist. Nur die Wirkung der Kompensation ist die gleiche wie die der Zahlung: Die Befreiung von der Schuld. Da nun hier von einer Fiktion die Rede ist, ist es auch

---

[18]) Pegels, S. 27; Schmitz, S. 21.

[19]) Dernburg, Pand. II § 62 S. 172; Hasenöhrl § 97 S. 536; Windscheid § 349 No. 3.

falsch, die Kompensation als Fiktionsbeispiel für unsere Schuldumwandlung heranzuziehen.

Von anderer Seite nun wird, um das Entstehen eines materiellen Darlehens zu beweisen, die Kompensation nicht nur als Analogie für eine fingierte Doppelzahlung hingestellt, sondern die Ansicht vertreten, die Umwandlung der Schuld sei unmittelbar durch Kompensation zu erklären.[20]) So Wendt: „Der rechtliche Vorgang ist Kompensation zwischen Solutionsleistung einerseits und der Darlehenszahlung andererseits".

Abgesehen nun davon, daß man doch nur Forderungen und nicht Leistungen mit einander aufrechnen kann,[21]) muß auch diese Konstruktion noch aus einem anderen Grunde verworfen werden. Die Vertreter der Kompensationstheorie nehmen an, daß ein pactum de mutuo dando einerseits und die alte Schuldforderung andererseits bestehe: diese beiden würden aufgerechnet. Besteht aber ein solches pactum de mutuo dando, so hat der Schuldner der früheren Schuld dieses doch sicher nicht abgeschlossen, um bloß aufzurechnen, dann ging vielmehr seine Absicht auf einen wirklichen Geldempfang. Denn wäre es anders, so hätte er mit einem einfachen Stundungsvertrage mit dem Gläubiger auf einfachere und natürlichere Weise dasselbe erreichen können. Mit dem Darlehensvorvertrage wollte er dafür sorgen, nächstens neue Geldmittel in die Hand zu bekommen, nicht bloß das alte Schuldverhältnis verlängern. Es hätte also der Gläubiger auch ohne Zustimmung des Schuldners nicht aufrechnen, ja der Schuldner aus dem Darlehensvertrage auf Erfüllung klagen können.[22])

---

[20]) Endemann, S. 661; Klemperer bei Gruchot VI 3 S. 578; Matthias I 4. Aufl. § 121 S. 579; Seuffert, Archiv IV No. 149 S. 237; Wendt, S. 589.

[21]) Dernburg, Pand. V § 62.

[22]) ähnlich Strohal bei Grünhut X S. 412.

Also durch Zuhilfenahme der Kompensation läßt sich nicht die Entstehung eines materiellen Darlehens beweisen.

Es bleibt noch die Ansicht einer dritten Gruppe von Schriftstellern[23]) zu erörtern übrig, die zwar nicht von Kompensation reden, auch von der von uns gebilligten Fiktionstheorie nichts wissen wollen, aber doch in unserer Schuldumwandlung die Begründung eines materiellen Darlehens sehen.

Die res, die auch sie verlangen, bestehe in der dem Schuldner gewährten Vermögenszuwendung,[24]) bezw. in der Weiterbelassung des Kapitals, welches der Darleiher als Forderung bei dem Entleiher selbst ausstehen hätte.[25]) v. Ihering behauptet nun weiter, daß, wenn auch die Vermögenszuwendung ursprünglich in einem unmittelbaren Geben des Gebers an den Empfänger bestanden habe, sich später „der Begriff der Vermögenszuwendung im neuen Recht praktisch von der sinnlichen Form des Gebens emancipiert habe.“[24]) Wenn man auch dem nicht widersprechen will, so muß man doch, was v. Ihering nicht tut, den Umstand im Auge behalten, daß zu dem Begriffe der Vermögenszuwendung außer der Übergabe, die unter Umständen nicht vorhanden zu sein braucht, auch ein wirklicher Zuwachs zu dem Vermögen des Empfängers gehört. Das ist aber bei dieser Umwandlung nicht der Fall. Ebenso wie z. B. bei Begründung einer Darlehensschuld in der Weise, daß ich jemandem Sachen zum Verkauf übergebe, deren Erlös er als Darlehen behalten soll, das Darlehen nicht zustande gekommen ist, bis die Sachen verkauft sind und der Darlehensnehmer über das eingenommene Geld die Verfü-

---

[23]) v. Ihering in s. Jahrb. Bd. II S. 135 ff., v. Schey Heft 1, S. 84—87, Endemann, Bürgerl. Recht Bd I S. 835.

[24]) v. Ihering, a. a. O. S. 138.

[25]) v. Schey, a. a. O. S. 85.

gung hat,[26]) der Zuwachs also in sein Vermögen übergegangen ist, kann man auch hier von keinem Vermögenszuwachse sprechen. Denn der Schuldner behält etwas in seinem Vermögen, was er schon hat. Es fehlt die traditio, die nicht dasselbe ist wie ein Behaltendürfen. Angenommen nun, das Behaltendürfen wäre eine reine Vermögenszuwendung, indem man sagt, der Gläubiger verliert ja durch den Verzicht auf die sofortige Zahlung, die ihm eigentlich zusteht, etwas aus seinem Vermögen, und der Schuldner gewinnt dadurch, daß er etwas, was er abliefern müßte, weiter verwenden darf, so würden die Begriffe Kredit und Darlehen zusammenfallen. Das will aber v. Ihering, der Vertreter obiger Ansicht, auch nicht. Denn auch er faßt Darlehen als den engeren Begriff auf, auch er verlangt, wie die herrschende Ansicht, für das Darlehen Vertragsabschluß durch Hingabe.[27]) Dieselben Einwendungen, wie gegenüber der Theorie v. Iherings treffen auch auf die Ansicht v. Scheys zu, soweit er in der Weiterbelassung des ausstehenden Kapitals seitens des Gläubigers an den Schuldner einen Vermögenszuwachs sieht. Wenn v. Schey aber sofort nach dem angezogenen Satze sagt: „Die Hingabe des Darlehens vollzieht sich in der Befreiung des letzteren (d. i. des Schuldners) von seiner bisherigen Schuld, resp. dem Verzichte des ersteren (d. i. des Gläubigers) auf seine bisherige Forderung,“[28]) so ist dem entgegenzuhalten — abgesehen sogar davon, daß die Parteien wohl überhaupt keine neue Obligation begründen, sondern doch wahrscheinlich wirtschaftlich dieselbe Schuld bestehen lassen wollten — daß ein Vermögenszuwachs, wie ihn das Darlehen ver-

[26]) Enneccerus § 274, S. 663, Vangerow III § 623 Anm. 1, Nr. 3.

[27]) v. Ihering, Zweck im Recht, 3. Aufl. I S. 156 ff.

[28]) Derf. in s. Jahrb. Bd. II S. 138.

langt, gar nicht vorhanden ist. Denn in einer mit der Befreiung von einer Schuld gleichzeitigen Neuschaffung einer anderen Schuld gleicher Höhe liegt kein Vermögenszuwachs. Es würde also die für das Darlehen notwendige res fehlen. Ein „rein idealer Vorgang bei der Vermögenszuwendung," sowie „die Weiterbelassung eines geschuldeten Kapitals" genügen also ebensowenig wie die Zuhülfenahme der Kompensation, um ein materielles Darlehen zu begründen. Geht die Abmachung der Parteien, daß aus einem anderen Grunde geschuldetes Geld fernerhin als Darlehen geschuldet werde, auf Schaffung eines wirklichen Darlehens, so ist dies, da die vollständige Vertragsfreiheit der Parteien an der Realvertragsnatur des Darlehens halt machen muß, nur durch die Zuhilfenahme der Fiktion des Hin- und Herzählens der Geldsumme zu erklären.

Das ist das Ergebnis für das gemeine Recht.[13])

Auch für das Bürgerliche Gesetzbuch, das, wie oben[29]) nachgewiesen wurde, zu der Streitfrage, ob ein materielles Darlehen durch unsere Vereinbarung begründet werde, keine Stellung genommen hat, ist von einer Reihe namhafter Schriftsteller die Entstehung eines materiellen Darlehens durch diese Vereinbarung behauptet worden.[30]) Aus den Motiven zu dem mit § 607 Abs. 2 BGB. seinem Inhalte nach übereinstimmenden § 454 des 1. Entwurfes ist darüber nichts zu ersehen, und in der zweiten Kommission war man, wie aus den Protokollen zu

---

[29]) S. 25 ff.

[30]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. II_2 S. 206; Endemann III S. 845; Farnbacher, Blätt. f. Rechtsanwend. 1898 S. 509 Nr. 28; Fischer-Henle, 1. Aufl. zu § 607; Hasenöhrl Bd. II S. 524; Klemperer bei Gruchot Bd. 43 S. 578; Matthias, Lehrb. I § 121; Pegels S. 28; Planck zu § 607; Sander S. 24; Schmitz, S. 23; Schollmeyer zu § 607; Stölzel, Bd. I S. 333.

§ 454 zu ersehen ist, über die Natur dieser Vereinbarung nicht einig. Deshalb werden wir bei der Beantwortung der Frage nach der Natur dieser Vereinbarung, ob ein wirkliches, materielles Darlehen entstehe, zu demselben Ergebnisse kommen wie im gemeinen Recht.

2. Die Konstruktion eines abstrakten Vertrages.

§ 5. a) Abstrakte Rechtsgeschäfte.

Es wird die Ansicht vertreten, daß die Vereinbarung, daß geschuldetes Geld künftighin als Darlehen geschuldet werde, ein abstrakter Schuldvertrag sei, der, wie die einen wollen, neben die frühere Schuld, oder wie die anderen meinen, an die Stelle der abgelösten Schuld trete.

Ein abstraktes Rechtsgeschäft liegt dann vor, „wenn die causa, der Zweck des Rechtsgeschäfts, nicht ersichtlich ist und dessen Zustandekommen unabhängig von der Verwirklichung der causa ist.“ [1]) Bei den Römern [2]) wurde das abstrakte Rechtsgeschäft begründet durch die Stipulation, zunächst durch Frage und Antwort: centum dare spondes? — spondeo; später durch Aufnahme einer Urkunde, der cautio. Da aber mit der Fortbildung des Rechts sich Unzuträglichkeiten herausstellten dadurch, daß der Schuldgrund nicht ersichtlich war, kam man zu dem Erfordernis, daß die causa in der Stipulationsurkunde genannt sein mußte, wenn die obligatorische Bindung ausreichend durch sie bewiesen sein sollte. Es galt also nur die cautio indiscreta, nicht mehr die cautio discreta, die den Schuldgrund nicht nannte.[3]) Damit kannte die

[1]) Schwarz, Grundriß des BGB. S. 117.
[2]) Dernburg, Pand. II § 22; Liebe, die Stipulation.
[3]) l. 25 § 4 D. 22,3; l. 3 C. 4,30.

ältere gemeinrechtliche Lehre keine nichtkausalen, abstrakten Rechtsgeschäfte mehr.[4])

Dagegen ist man seit Bähr[5]) in der neueren gemeinrechtlichen Lehre wenn auch nicht unbestritten, zu dem Bestehen von abstrakten Verträgen zurückgekehrt. Nach ihm können Schuldverhältnisse auf bestimmte Leistungen ohne Abhängigkeit von der causa begründet werden, wenn der darauf gerichtete Wille der Parteien feststeht. Ihm haben sich andere Schriftsteller,[6]) wenn auch oft mit Änderungen und Abschwächungen, angeschlossen.

Zugegeben, daß in der Anerkennung ein Verpflichtungsgrund liegen kann, so ist dies doch nicht notwendig der Fall.[7]) Bähr sagt:[8]) „Ein Beweismittel für die Schuld geben wollen und die Schuld wollen, heißt die Schuld versprechen." Das hieße aber den Parteiwillen zwingen. Die bestimmte Absicht eines besonderen Versprechens ist wesentlich und muß durch besondere Umstände begründet sein. Denn wäre dies nicht so, so könnte ich ja, wenn ich eine Schuld anerkannt habe, das Rechtsgeschäft nicht mehr anfechten, wenn sich später herausstellen sollte, daß ich mich geirrt habe.

Was nun das Bürgerliche Gesetzbuch angeht, so hat dieses in den §§ 780, 781 die Entscheidung über den Streit in einem für die abstrakten Schuldverträge bejahenden Sinne getroffen: es erkennt die verpflichtende Kraft

[4]) So Kneist, Formalkontrakte, S. 125 ff; Heimbach, die Lehre vom Kreditum; Sintenis, Zivil R. II § 96 Anm. 3; Puchta § 257.

[5]) Bähr in „Anerkennung als Verpflichtungsgrund 1. Aufl. 1855; 3. 1894.

[6]) Brinz, Pand. § 100; Buhl, Anerkennung S. 60; Lenel bei v. Ihering VIII S. 134 ff.; Rocholl Bd. I S. 312; Unger bei v. Ihering VIII S. 185 ff; Windscheid Pand. § 421.

[7]) Bruns, Constitutum debiti, S. 94, 95. 128; Hesse, Wesen d. Verträge, bes. V. 349—353.

[8]) Bähr, a. a. O. S. 235.

abstrakter Verträge an. Es gestattet, daß eine Leistung in der Weise versprochen wird, daß das Versprechen die Leistung selbständig begründen soll (Schuldversprechen), und ebenso gestattet es ein Schuldanerkenntnis durch Anerkennungserklärung, wobei es bei beiden Rechtsgeschäften schriftliche Form vorschreibt, falls keine andere (z. B. gerichtliche oder notarielle Beurkundung) gefordert wird. Beide Verträge können aber kaum auseinandergehalten werden, da sie sich ihrem Wesen nach nicht unterscheiden, kann ich doch eine Schuld anerkennen, die ich vorher nicht versprochen habe oder die zu zahlen ich nicht verpflichtet war. Es ist auch gleichgültig, ob der Schein die causa anführt oder nicht, entscheidend ist in solchen Fällen allein der Wille der Parteien, ob eine von der causa losgelöste Schuld entstehen soll oder nicht.[9])

§ 6. b) Über die Möglichkeit der Konstruktion einer abstrakten Schuld. Abstrakter Vertrag mit novatorischer oder accessorischer Wirkung.

Nach diesen Ausführungen können wir die Frage, ob in der Verwandlung einer anderen Schuld in eine Darlehensschuld ein abstrakter Vertrag liegen muß oder kann, beantworten.

Für das gemeine Recht ist seit Bähr[1]) von der überwiegenden Mehrzahl der Schriftsteller angenommen worden, daß in der Vereinbarung, geschuldetes Geld als Darlehen zu schulden, ein abstrakter Vertrag mindestens gesehen werden könne. Bähr selbst geht noch weiter und zwar einerseits, was den Inhalt des Vertrages anbetrifft, daß diese Vereinbarung notwendig ein abstrakter Vertrag

[9]) So Dernburg, BGB. II S. 198; Planck zu § 780; dagegen Engelmann S. 215.

[1]) a. a. O. bes. § 62 u.

sei, andererseits zeitlich, indem er für das rein römische Recht diese Behauptung aufstellt, indem er die Stelle des Ulpianus so auslegt, dieser habe mit der Vereinbarung „ut crediti nomine eam (-pecuniam debitam) retineas“ einen neuen Formalkontrakt einführen wollen, dessen Wirkungen dieselben seien wie die, welche sich an die stipulatio debiti knüpften. Von dem wirklichen Bestande der früheren Schuld selbst sei die Wirksamkeit dieser Übereinkunft ebenso unabhängig, als wäre wirklich die Schuld bezahlt, das Geld aber als Darlehen zurückgegeben worden.[2]) Für diese Behauptung bleibt er aber nun den Beweis schuldig. Und wo steht auch in der Stelle Ulpians etwas davon, daß er einen neuen Formalkontrakt schaffen wollte? Die Folge, daß der alte Schuldgrund verschwunden ist, liegt nicht in einem neu geschaffenen Formalkontrakte, sondern wie oben[3]) gezeigt worden ist, in der Zwangslage nach der rechtlichen Unterbringung dieser wirtschaftlichen Neuheit. Da diese Vereinbarung weder zu den bekannten Konsensualkontrakten, noch zu den wenigen pactis vestitis gehörte, konnte sie nur durch die Fiktion der doppelten Eigentumsübertragung rechtliche Gültigkeit erlangen. Nachdem dies geschehen war, war natürlich auch die alte causa verschwunden, denn das ganze alte Schuldverhältnis war ja durch die fingierte Eigentumsübertragung erloschen. Es ist also für das römische Recht die Auslegung der Vereinbarung als ein abstrakter Vertrag zu verwerfen.

Für das gemeine Recht behaupten nun Bähr[4]) und seine Anhänger,[5]) daß notwendigerweise und stets durch

---

[2]) Bähr, a. a. O. S. 277.
[3]) Oben S. 30.
[4]) Bähr, a. a. O. S. 275 ff.
[5]) Hruza, Novation S. 89 Anm. 4, Rocholl I S. 312; Unger bei

diese Vereinbarung eine abstrakte Geldschuld geschaffen werde, „da niemals eine bestehende Schuld in eine andere materielle Schuld verwandelt werden könne.“ [4]) Wer behaupte, „ich habe so und so viel als Darlehen empfangen, sage, ich will so und soviel Geld schuldig sein.“ [5]) Schon oben [6]) ist bewiesen worden, daß in der Anerkennung nicht notwendig eine Verpflichtung liegen muß. Es kann freilich eine Verpflichtung durch die Anerkennung gewollt sein, braucht es aber nicht. Oft wird der Schuldner einen vorhandenen Anspruch bescheinigen, ein Beweismittel dafür geben wollen. [7]) Solange aber der Wille die alte Schuld zu tilgen nicht in einer obligatorischen Gestalt erklärt ist, ist er auch juristisch nicht vorhanden. Nur wenn der Parteiwille darauf geht, eine abstrakte Schuld zu schaffen, kommt durch unsere Vereinbarung eine solche zustande. [8])

Das für das gemeine Recht. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat, wie schon oben [9]) erwähnt, zu der Frage nach der Natur der Verwandlung keine Stellung genommen. Nach den Motiven [10]) fanden sich auch hier Vertreter der Meinung, es handele sich bei dieser Vereinbarung stets um eine Anerkennung einer alten Schuld. Aber die Frage ist unentschieden gelassen worden. Ganz gewiß können die Parteien, falls sie das Erfordernis der Schriftlichkeit

v. Ihering VIII S. 187; ebenso Windscheid II § 354 Anm. 2: „falls die Parteien kein wirkliches Darlehen gewollt haben.“

[6]) Oben S. 43. 44.

[7]) Hesse, Wesen u. Arten der Verträge S. 349. 353.

[8]) Buhl, S. 60; Dernburg, Pand. II S. 66; Hasenöhrl II S. 296, 297; Arndts, Krit. Überschau IV S. 223; auch die meisten gerichtl. Entscheid. setzen den auf Schaffung e. abstrakten Schuld gerichteten Parteiwillen voraus, wenn sie die Anerkennung als Verpflichtung auffassen, so Seuff. Arch. 23_{118}; 27_{222}; 32_{222}; 49_{93}.

[9]) Oben S. 39. 40.

[10]) Motive, Buch II S. 1690 ff.

beobachten,[11]) durch die Vereinbarung, eine Schuld solle künftighin als Darlehen geschuldet werden, ein Anerkenntnis der Schuld schaffen; sie müssen es aber nicht.

Wenn wir nun die Möglichkeit zugeben, daß der Parteiwille durch eine solche Vereinbarung eine abstrakte Schuld schaffen kann, so ist damit noch unentschieden gelassen, ob durch die Begründung des neuen Schuldverhältnisses das alte aufgehoben, durch Leistung an Erfüllungsstatt zum Erlöschen gebracht ist, sodaß künftighin der Anspruch nur auf den neuen Verpflichtungsgrund gestützt werden kann, oder ob das alte Schuldverhältnis durch Begründung des neuen in seiner Existenz gar nicht berührt worden ist, sodaß künftighin für dieselbe Schuld zwei Schuldgründe nebeneinander bestehen. In dem einen Falle spricht man von der novatorischen, in dem anderen Falle von der accessorischen Form des abstrakten Vertrages. Beide Ansichten haben ihre Vertreter gefunden.[12]) Darum ist auf die Frage einzugehen.

§ 7. c) Die Novation im römischen, gemeinen und bürgerlichen Recht.

Unter Novation verstand der Römer die Tilgung einer Obligation durch Begründung einer neuen: l. 1 pr. D. 46 2:

[11]) Auch die Ansicht wäre falsch, daß § 607 Abs. 2 BGB. eine Ausnahme von dem Erfordernisse der Schriftlichkeit für das Anerkenntnis enthalte. Das ergibt sich aus § 782 BGB. wo die beiden einzigen Ausnahmen, Abrechnung und Vergleich genannt sind.

[12]) Für die unbedingte Novation sind z. B.:

Bähr, S. 279; Unger bei Grünhut XV S. 558 Nr. 11; Windscheid II § 354 Anm. 2. a. E. § 364 Anm. 3; Seuff. Arch. Bd. 13. S. 17; Bd. 27 S. 236; Bd. 28 S. 20; Bd. 29, S. 228,

gegen die Novation sind z. B.

Bruns in der Zeitschr. f. Rsgeschichte Bd. I S. 116; Gneist, die formellen Verträge S. 148; Seuffert, prakt. Paud. Recht Bd II S. 122; Gruchot, Beiträge Bd. 36 S. 23.

„Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perematur.“

Die Novation war bei den Römern, wie jetzt allgemein anerkannt wird,[1]) nur durch Stipulation möglich. Wenn Rocholl[2]) dies zugibt, aber gerade für die Umwandlung einer Geldschuld in ein (fingiertes) Darlehen die Stipulation leugnet, weil er das Wesen der Novation in der Loslösung der Obligation von ihrer materiellen causa sieht und weil unsere Umwandlung immer eine solche Loslösung enthalte, beachtet er nicht, daß nirgends, wo von einer solchen Vereinbarung im Corpus iuris gesprochen wird, etwas über Novation steht, und vergißt, daß ein solcher Vertrag, weil der Form ermangelnd, ungiltig sein muß.

Die Erfordernisse der Novation sind zunächst, wie sich aus der oben angeführten Begriffsbestimmung des Ulpianus ergibt, das Vorhandensein einer prior und das Entstehen einer nova obligatio. Aber auch ein subjektives Element darf nicht fehlen: die auf Aufhebung des alten Schuldverhältnisses durch Begründung eines neuen gerichtete Absicht, der sog. animus novandi, wie aus l 2 genannter Stelle hervorgeht:

„Omnes res transire in novationem possunt: quodcumque enim sive verbis contractum est sive non verbis, novari potest et transire in verborum obligationem ex quacumque obligatione, dumodo sciamus novationem ita

---

[1]) Dernburg, Pand. II S. 167; Gneist, S. 148; Merkel, der röm. recht. Begriff der Novation, S. 3; Salkowski, S. 40; v. Salpius, S. 146; Schwartz, das Wesen der Novation, S. 22; Windscheid II § 354, Anm. 1.

[2]) Rocholl, Bd. II S. 290.

demum fieri, si hoc agatur, ut novetur obligatio: ceterum si non hoc agatur, duae erunt obligationes",

oder in der Übersetzung:

„Alle Rechtsverhältnisse können in eine Novation übergehen. Denn was auch immer, sei es durch Worte, sei es nicht durch Worte, als Obligationsverhältnis geschaffen worden ist, kann noviert werden und aus jeder Verbindlichkeit in eine andere Verbindlichkeit übergehen; nur müssen wir wissen, daß eine Novation nur dann stattfindet, wenn dies beabsichtigt wird, daß die Verbindlichkeit noviert werden soll: anderenfalls, wenn das nicht beabsichtigt wird, werden zwei Verbindlichkeiten vorhanden sein."

Fehlt also die Absicht, so liegt keine Novation vor, die neue Schuld tritt neben die alte zwecks größerer Sicherheit für den Gläubiger: Dieser kann wählen, aus welcher Obligation er sich befriedigen will. Doch wird durch die Erfüllung der einen Schuld die andere aufgehoben.[3])

Es wird nun bestritten, daß die Novation im gemeinen Rechte noch möglich sei. Denn da die Stipulation, die einzige Form der Novation, nicht in das gemeine Recht mit übergegangen sei, könne es auch keine Novation mehr geben.[4])

Andere lassen die Novation nur für diejenigen Verträge bestehen, die auch noch im gemeinen Rechte einer Form bedürfen.[5]) Also weil zum Wesen der Novation der Formalkontrakt gehöre, solle nach Wegfall dieses auch die Novation nicht mehr vorhanden sein. Dem ist nicht

[3]) Salkowski, S. 229f.; v. Salpius, S. 190.

[4]) Gide, Etudes sur la novation, S. 9, 10; Gneist, Formelle Verträge, S. 229; Liebe, die Stipulation, S. 338.

[5]) Bähr, S. 279; Keller, Pand. II S. 594; Baron, Gesamtrechtsverh. S. 384.

beizutreten. In Rom, wo die Stipulation überhaupt die regelmäßige Form des obligatorischen Vertrages war, ist man zu dem Erfordernis der Stipulation aus diesem Grunde gekommen. Denn nuda pacta hatten keine Gültigkeit. Als aber die spätere Rechtsentwicklung ihnen Gültigkeit zugestand, als der formlose Vertrag sogar der überwiegende wurde, war die Stipulation nicht mehr nötig. „An sich erfordert die Novation lediglich eine Form, welche den Inhalt selbst nicht affiziert, eine Geschäftsform, welche eben bloß Form und durchaus für die Aufnahme eines jeden obligatorischen Inhaltes geeignet ist".[6]) Daher war auch im gemeinem Rechte der formlose Vertrag für die Novation zugänglich.[7])[8]) Es gibt also auch im gemeinen Rechte die Novation, nur ist ihr Geltungsbereich naturgemäß eingeschränkt durch das Aufkommen des Grundsatzes der Vertragsfreiheit, der verschiedene andere Möglichkeiten, eine Schuld zu verändern, den Parteien darbietet, ohne daß gerade die alte Schuld untergehen braucht, wie im römischen Rechte.

Diese anderen Möglichkeiten, eine Obligation abzuändern, sind durch das Bürgerliche Gesetzbuch gegenüber dem gemeinen Rechte noch mehr ausgedehnt worden. Die Bedeutung der Novation ist keine große mehr, weil die heutige Obligation überhaupt nicht mehr das enge iuris vinculum ist wie im römischen Rechte. Deshalb be-

[6]) Römer, die bedingte Novation, S. 343.

[7]) Hruza, S. 72; Karlowa, Rechtsgeschichte S. 260 f.; Windscheid, Pand. II § 354 Nr. 1.

[8]) Einen großen Teil der Schuld an der Ansicht, daß mit dem Wegfallen der Stipulation auch die Novation weggefallen sei, trägt, was auszuführen zu weit führen würde, das Durcheinanderwerfen der Begriffe „abstrakt" und „formell". Einen formellen Vertrag braucht der Novationsvertrag nicht darzustellen, wohl aber einen abstrakten. Die Römer hatten allerdings keine abstrakten Verträge außer der formellen.

handelt das BGB. die Novation auch nicht mehr als eigenes Rechtsinstitut. Daß sie aber unmöglich sei, davon steht in dem Gesetzbuche nirgends etwas. Vielmehr muß aus dem Grundsatze der Vertragsfreiheit auf die Zulässigkeit der Novation auch für das BGB. geschlossen werden.[9]) Das geht auch schon e contrario aus dem § 364 Abs. 2 hervor, wo es heißt: „Übernimmt der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß er die Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt übernimmt."

Sowie also der Wille der Parteien, die alte Schuld durch Eingehung der neuen zu tilgen, im Vertrage zum Ausdrucke kommt, liegt auch nach dem BGB. Novation vor.

§ 8. d) Die Verwandlung der Schuld als abstrakter Vertrag mit novatorischer wie mit accessorischer Wirkung.

Ist nun die Vereinbarung, daß geschuldetes Geld künftighin als Darlehen geschuldet werde, falls nach Parteiwillen ein abstrakter Vertrag vorliegt, novatorischer oder accessorischer Natur?

Wir haben gesehen, daß ein wesentliches Erfordernis der Novation der animus novandi ist. Auch nach gemeinem und bürgerlichem Rechte wird eine frühere Schuld durch eine neue abstrakte Verpflichtung nur dann getilgt, wenn der Parteiwille offensichtlich darauf hinzielt.[1]) Während bei den Römern notwendig Novation eintreten mußte, wenn die Schuld desselben Schuldners gegen denselben

---

[9]) Fischer-Henle, Komm. § 364 Anm. 4.

[1]) Bruns, a. a. O., Bd. I, S. 116; Seuffert, prakt. Pand. R. Bd. II, S. 122.

Gläubiger in irgend einer Weise verändert wurde, liegt bei der im gemeinen Rechte vorhandenen Möglichkeit, Zusätze und Abänderungen des Schuldverhältnisses vorzunehmen, diese Notwendigkeit nicht mehr vor. Deshalb ist es m. E. nicht richtig, in der Vereinbarung der Schuldänderung stets[2]) eine Novation zu sehen. Ebenso wie die Römer die Stipulation nicht ausschließlich zur Novation benutzten, da beim Fehlen des animus novandi die neue Schuld accessorisch neben die alte trat, darf man nach gemeinem Rechte, wo die Stipulation durch den freien Vertragsschluß ersetzt ist, den Schluß ziehen, daß jede derartige Vereinbarung eine Novation in sich berge. Das Ergebnis ist also: Es liegt, wenn die Parteien es wollen, in dem abstrakten Vertrage der Schuldanerkennung eine Tilgung der alten Schuld, sonst tritt die neue Obligation neben die alte.

Zu demselben Ergebnis kommt man für das Bürgerliche Gesetzbuch. Zwar behauptet Dernburg[3]), daß diese Vereinbarung „der reinste Fall der Umwandlung sei" und daß die Parteiabsicht erweislich auf die Begründung eines Darlehensgeschäftes gehen müsse und daß dadurch eine Novation zustande komme.[4]) Doch dann läßt er den § 364 Abs. 2 BGB. außer acht, in welchem es heißt: „.... (s. S. 49) ...., so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß er die Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt übernimmt. Außerdem erklären die Motive mit dem mit dem § 607 Abs. 2 BGB. gleichlautenden § 454 des Entwurfes, daß die Vorschrift an sich die einwandfreie Verbindlichkeit der bisherigen Schuld voraussetze. Das

[2]) Bähr, S. 279; Rocholl Bd. II, S. 290ff. 312.

[3]) Dernburg, BGB. II 1 § 120 S. 206. 207.

[4]) Dernburg, a. a. O.; Endemann, BGB. I § 835 (bes. Note 6); Scherer, Komm. zum BGB. zu § 607 Anm. 14.

stimmt aber mit den Voraussetzungen der Novation nicht überein. Wird durch ein abstraktes Rechtsgeschäft eine Novation vorgenommen, so braucht die alte Schuld keineswegs einwandfrei zu sein. Können doch auch verjährte Forderungen gültig noviert werden. Der Satz der Motive würde also nicht passen, wollte man in der Vereinbarung eine Novation sehen. Auch daraus geht hervor, daß an und für sich das Bürgerliche Gesetzbuch der Vereinbarung keine novierende Wirkung beilegt.

3. Konstruktion einer bloß abgeänderten, sonst aber bestehenbleibenden Schuld.

§ 9. a) Das bisherige Ergebnis. Zulässigkeit der Abänderungen bestehender Schuldverhältnisse im allgemeinen.

Das bisherige Ergebnis ist also folgendes: Die Vereinbarung, geschuldetes Geld künftighin als Darlehen zu schulden, ist nach römischem Rechte als Schaffung einer materiellen Darlehensschuld anzusehen — zu erklären durch die Fiktion der Zahlung der alten Schuld an den Gläubiger und des sofortigen Wiederausleihens an den Schuldner. Das gemeine Recht und das Bürgerliche Gesetzbuch sehen in dieser Vereinbarung nicht die Begründung eines materiellen Darlehens, dagegen kann nach diesen beiden Rechten in dieser Vereinbarung Schaffung einer abstrakten Schuldverbindlichkeit liegen, meist mit accessorischer, nur bei erkennbarer Parteiabsicht auch mit novatorischer Natur.

Da also jedesmal erst bewiesen werden muß, daß die Parteien die Absicht gehabt haben, eine abstrakte Schuld zu schaffen, die nun wieder entweder neben die alte oder an ihre Stelle durch deren Tilgung treten soll, steht die

Frage zu beantworten, was die Parteien denn mit dieser Vereinbarung bezweckt haben mögen, wenn sich die Absicht der Begründung einer abstrakten Schuld nicht nachweisen läßt.

Mit der Vereinbarung geschuldetes Geld künftighin als Darlehen zu schulden, haben die Parteien im Zweifel nichts anderes gewollt, als eine bloße Abänderung des Schuldverhältnisses. Die alte Schuld soll bestehen bleiben, nur sollen für sie die Grundsätze über das Darlehen in Zukunft Anwendung finden. Daß man sie nun als Darlehen bezeichnet, ist weiter nichts als eine „figürliche Redensart".[1]) Ist denn auch eine solche Abänderung eines Vertrages etwas so seltenes? „Das Forderungsrecht kann ohne seine Existenz zu verlieren, verändert werden. Eine solche Veränderung kann das Forderungsrecht erleiden zuerst inbetreff seines Gegenstandes, d. h. der Leistung, zu welcher es den Schuldner verpflichtet. Die Änderung des Gegenstandes kann darin bestehen, daß etwas zu dem Inhalte der geschuldeten Leistung hinzugefügt wird, oder darin, daß etwas von dem Inhalte der geschuldeten Leistung abgenommen wird, oder darin, daß an die Stelle des bisherigen Leistungsinhaltes ein der Art nach verschiedener tritt".[2]) Ebenso kann in den persönlichen Beziehungen einer Forderung sowohl nach der aktiven als auch passiven Seite hin ein Wechsel eintreten, es kann der Gläubiger wechseln und es kann ein neuer Schuldner an die Stelle des bisherigen treten.

Im römischen Rechte, wo nuda pacta keine rechtliche Gültigkeit besaßen, wo nur ganz bestimmte Verträge Schuldverhältnisse zustande kommen ließen, waren natürlich Abänderungen eines Schuldverhältnisses nicht möglich,

[1]) Förster-Eccius, Bd. I S. 710.
[2]) Windscheid, Pand. II § 327 S. 224. 225.

es sei denn, es wurde mit Hilfe der Novationsstipulation an die Stelle des einen Schuldverhältnisses ein anderes gesetzt.

Im gemeinen Rechte und noch mehr heute ist jede Willenseinigung rechtlich wirksam, die nicht auf einen vom Gesetz unerlaubten oder unsittlichen Zweck geht. Auch fehlt im gemeinen Rechte ebenso wie heute ein starres, abgeschlossenes System der möglichen Rechtsgeschäfte. Früher ein enges Band zwischen zwei bestimmten Personen, von denen die eine zur genau bestimmten Leistung, die andere zur ebenso genau bestimmten Gegenleistung verpflichtet war — Leistungen, die nicht durch spätere Zusätze verändert werden konnten —, ist das Schuldverhältnis heutzutage beweglich „beständiger Fortbildung fähig“[3]); es ist zu einem selbständigen, „unabhängigen Rechtsgut und Vermögenswert“[4]) geworden, das sich den wirtschaftlichen Notwendigkeiten der neueren Zeit viel mehr unterordnet, als es durch das starre, durch die Form in Fesseln geschlagene römische Recht geschehen konnte.

So kann ohne Zweifel nach gemeinem Rechte der Inhalt der Obligation dadurch geändert werden, daß die Parteien einen anderen Leistungsort ausmachen, als den anfangs gewählten, wie sie auch die Leistungszeit abzuändern vermögen. Dasselbe gilt für das Bürgerliche Gesetzbuch. Wenn dies auch nur Nebenpunkte sind, so darf man sie doch nicht als nebensächliche betrachten. Wenn ich als Kaufmann, der große Zahlungsverpflichtungen am Vierteljahrswechsel hat, eine Geldsumme nicht erhalte, auf die ich gerechnet habe, so kann mir das unter Umständen meinen Gläubigern gegenüber sehr unangenehm werden, wenn ich nach dem Eingehen auf eine spätere Zahlung meines Schuldners den Ersatz für den Ausfall

[3]) Dernburg, Pand. II S. 132.
[4]) Martin, S. 41.

wider Erwarten nicht schnell genug auftreiben kann. Und wenn der Schuldner eine Geldsumme, die er ursprünglich an einem bestimmten Orte meines Heimatstaates zu leisten hatte, sich mit meiner Zustimmung verpflichtet, an einem Orte auf der Balkanhalbinsel zu leisten, wo vielleicht das Geld der Beraubung durch irgend welche räuberischen Banden ausgesetzt ist, ist da nicht der Inhalt der Leistung, wenn auch nur in einem Nebenpunkte, so doch für den betreffenden Verpflichteten in sehr fühlbarer Weise geändert? Oder ist das keine Änderung des Leistungsinhaltes, wenn ich statt des Schimmelgespannes, das ich selbst wieder einem anderen zu leisten hatte an einem bestimmten Termine, nach dem Unmöglichwerden der Leistung seitens meines Schuldners — sei es durch sein Verschulden oder ohne ein solches — von diesem nur das Geldinteresse beanspruchen kann? Trotzdem besteht aber mein altes Forderungsrecht fort. Denn „verpflichtet ist der Schuldner nach wie vor zur Leistung des ursprünglichen Gegenstandes, und daß ein Geldäquivalent von ihm eingetrieben wird, ist nur Notbehelf“ [5]).

Diese wenigen Beispiele, deren sich noch sehr viele andere und sehr verschiedener Art anreihen ließen, mögen genügen für den Beweis der Behauptung, daß es sehr möglich ist, im Inhalte der Obligation die verschiedenartigsten Änderungen eintreten zu lassen [6]).

§ 10. b) Abänderungen der alten Schuld durch vertragsmäßige Anwendung der Darlehensgrundsätze.

Nach diesen Ausführungen kann es daher nicht von der Hand gewiesen werden, auch in unserer Vereinbarung

[5]) Windscheid, Pand. II § 264 Anm. 7.

[6]) Vgl. dazu Brinz, Pand. II § 264; Dernburg, Pand. II § 47 Abs. 1; ders. BGB. II § 119 Ziff. II; Enneccerus § 205; Sintenis Bd. II § 101; Windscheid, Pand. II § 327.

weiter nichts zu sehen als eine Abänderung, d. h. Fortsetzung der alten Schuld in veränderter Form. Nur wenn der Wille der Parteien auf Begründung eines abstrakten Schuldverhältnisses geht, sei es mit vollständiger Tilgung der alten Schuld, sei es, um eine Verstärkung der alten Schuld für den Gläubiger zu erzielen, ist ein solches als vorhanden anzunehmen; im Verneinungsfalle aber muß man schließen, daß die Parteien das alte Schuldverhältnis fortsetzen wollen: nur soll diese alte Schuld in Zukunft nach den Grundsätzen des Darlehens behandelt werden. Dies ist um so leichter einzusehen, als es ja auch schon durch bloße Vereinbarung möglich ist, die geschuldete Geldsumme zu stunden, auf Einreden, die gegen ihr Geltendmachen etwa vorgebracht werden könnten, zu verzichten, sie zu verzinsen, u. s. w.

Außerdem sind die Rechtssätze über das Darlehen fast nur solche, die sich schon in den allgemeinen Vorschriften über Geldschulden finden. Soviel über das gemeine Recht.

Daß die in den vorangegangenen Ausführungen vertretene Ansicht für das Bürgerliche Recht ebenfalls Geltung hat, ist aus dem Gesetzbuche selbst erkennbar. Der Abs. 2 des § 607 enthält die ausdrückliche Bestimmung, daß die Vereinbarung der Umwandlung beliebiger Geldschulden in Darlehensschulden gültig ist. Da es in diesem § zur Gültigkeit nicht die schriftliche Form verlangt, so ist hier an und für sich kein abstraktes Rechtsgeschäft als vorliegend anzunehmen, sondern nur eine Abänderung der bestehen bleibenden Schuld. Es soll also genügen, wenn der Kläger, der die Geldsumme gegen den Schuldner einklagt, behauptet dieser sei die Summe als Darlehen schuldig geblieben.

Es ist also die Vereinbarung, geschuldetes Geld künftighin als Darlehen zu schulden, nach gemeinem wie bürgerlichem Rechte eine Abänderung der alten Schuld unter Wahrung ihrer Identität, und zwar so, daß an die

Stelle der Vorschriften, die eigentlich dem Charakter der Schuld nach angewendet werden müßten, die Vorschriften über das Darlehen Anwendung finden, es sei denn, die Parteiabsicht ging auf Begründung eines abstrakten Schuldverhältnisses, das entweder novatorischer oder accessorischer Natur sein kann, je nachdem auch hier der Wille der Parteien auszulegen ist[1]).

II. Wirkungen der Verwandlung.

§ 11. 1. Beim Entstehen eines wirklichen Darlehens.

Die Wirkungen einer Vereinbarung, daß geschuldetes Geld künftighin, als Darlehen geschuldet werde, sind offensichtlich verschieden, je nach der Art der Konstruktion, die im einzelnen Falle die Parteien gewollt haben. Sie liegen sowohl auf dem Gebiete des materiellen wie des prozessualen Rechtes. Hier können nur einige von ihnen besprochen werden und es macht die Abhandlung hierin keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

Wenn das römische Recht in der Umwandlung die Begründung einer materiellen Darlehensschuld sieht, so sind hier, da die alte Schuld durch die fingierte Zahlung getilgt und die neue durch die fingierte Hingabe der Darlehenssumme geschaffen ist, die Folgungen leicht zu ziehen.

1. Der Umfang einer Verbindlichkeit ist oft über

[1]) Ebenso für das heutige Recht: Dernburg, BGB. II; § 119; Ebert in Fischer-Henle § 607 Anm. 7; Enneccerus-Lehmann, BGB. I § 274; Gruchot, Beitr. Bd. 35 S. 142; Hruza im Sächs. Arch. Bd. 5 (1895) S. 284; Klemperer, zu § 607 Abs. 2 in Gruchot Bd. 43; Kuhlenbeck, Komm. Bd. I § 607 Anm. 5; Martin, Verwandlg. bestehd. Schuld. § 8 S. 61; Planck, Bd. II § 607 Anm. 4; Achilles-Gebhard-Spahn, Protok. II S. 42; Sander, S. 43; Seuffert, Arch. Bd. 31 S. 183; Staudinger II § 607 Abs. 2 Anm. 1.

seinen eigentlichen Inhalt erweitert und gesteigert[1]) durch Privilegien, Pfandrechte, Bürgschaften und andere Accessionen. Da nun die alte Schuld getilgt ist, werden alle diese Vorteile, die der Gläubiger durch und mit der früheren Forderung hatte, ebenfalls getilgt: „Denn mit der Zahlung erlischt das Schuldverhältnis.“[2]) Die Zinsen der alten Schuld hören auf zu laufen, mögen es nun besonders ausgemachte, gesetzliche oder durch Verzug herbeigeführte gewesen sein. Ebenso werden die Bürgschaften und Pfänder der alten Schuld mit deren Verschwinden gegenstandslos. Der Verzug der alten Schuld hört auf zu laufen, weil ja mit der Umwandlung ohne weiteres eine Stundung der Schuldsumme verbunden und die frühere Schuld als solche verschwunden ist. Ebenso fallen die Konkursvorrechte der alten Schuld fort, da die neue auf keine Weise mit ihr identisch ist.

Freilich kann ausgemacht werden, daß die neue Schuld dieselben Zinsen bringen, daß für sie die Bürgen und Pfänder verhaftet bleiben sollen. Das sind aber ganz neue Zinsen, ebenso ihrer Natur nach andere Bürgschaften und Pfänder, denn der Bürge und der nicht persönlich haftende Pfandeigentümer müssen ihre Zustimmung gegeben haben.

2. Ebenso wie der Gläubiger die Vorteile, die mit der alten Schuld für ihn verbunden waren, durch die fingierte Zahlung verloren hat, so ist auch der Schuldner seiner ihm zustehenden Vorteile ledig geworden. Konnte er gegen die frühere Schuld Einwendungen erheben, so hat er diese durch die Umwandlung in ein materielles Darlehen verloren, vorausgesetzt, daß überhaupt eine

---

[1]) Brinz, Pand. II §§ 218, 244, 255; Windscheid, Pand. II § 283.

[2]) Dernburg, Pand. II § 56.

Schuld irgend welcher Natur bestanden hat.[3]) Hätte er gegen die frühere Schuld die Einrede der Verjährung erheben können, so hat er diese nicht für die neue Schuld. Denn durch die fingierte Zahlung ist die naturalis obligatio getilgt worden. Auch wenn die alte Schuld mangels gesetzlicher Form nur naturaliter zustande gekommen war, konnte der Mangel der Form einer Klage nicht mehr entgegengesetzt werden. Denn durch die Zahlung wird der Mangel der Form geheilt. Die Zahlung ist gültig und daher die Anstellung einer sonst gültigen condictio indebiti promissi unzulässig.

3. Eine weitere Wirkung der Entstehung des materiellen Darlehens durch die fingierte Zahlung der alten Schuld ist das Erlöschen der Korrealobligationen. Denn ist der eine Korrealgläubiger bezahlt, so sind alle befriedigt, und ist der eine Korrealschuldner befreit, so sind alle ihrer Schuld ledig.[4])

4. Klagt der Gläubiger die Darlehensschuld ein, so hat er den Beweis der Hingabe zu führen. Er braucht hier nur nachzuweisen, daß zwischen ihm und dem Schuldner die Vereinbarung getroffen wurde, „ut crediti nomine retineas." Denn die alte Schuld ist durch die Tilgung infolge fingierter Zahlung beseitigt worden.

5. Nun liegt freilich noch die Möglichkeit vor, daß die vorausgesetzte erste Schuld in Wirklichkeit gar nicht bestanden hat, daß der Schuldner also irrtümlich den Umwandlungsvertrag in ein Darlehen eingegangen ist. Wenn dieser Irrtum entschuldbar ist und nicht bloß auf einem Rechtsirrtum beruht,[5]) so kann der Schuldner die fingierte Zahlung, die auf Aufhebung der Schuld ging, mit

[3]) s. diesen § Ziffer 5.

[4]) Wendt, Pand. § 208; Dernburg, Pand. II § 72 Nr. 1.

[5]) Brinz, Pand. § 304, S. 550; Dernburg, Pand. II § 141 Nr. 3.

Hülfe der condictio indebiti soluti rückgängig machen, denn dann ist der Gläubiger ungerechtfertigter Weise bereichert.

Da u. E. für das gemeine und bürgerliche Recht die Konstruktion der Umwandlung als materielles Darlehen abzulehnen ist, erübrigt es sich auch über die Wirkungen einer solchen Konstruktion für diese beiden Rechte zu sprechen.

2. Beim Entstehen einer abstrakten Schuld.

§ 12. a) Die gemeinsamen Wirkungen für novatorisches und accessorisches Schuldversprechen.

1. Geht aus der Parteiabsicht hervor, daß die Vertragsschließenden durch die Vereinbarung ein abstraktes Rechtsgeschäft haben abschließen wollen, so ergibt sich aus den Worten „als Darlehen" der Wille der Parteien, die Schuld nach den Darlehensgrundsätzen behandelt zu sehen. Daher sind neben dem in § 608 BGB. genannten Fälligkeitstermine besonders die Kündigungsfristen des § 609 BGB. zu beobachten. Im übrigen richten sich die Wirkungen nach den Grundsätzen der abstrakten Verträge überhaupt — §§ 780—782 BGB., wo — im Gegensatze zum gemeinen Rechte — zur Gültigkeit der Vereinbarung schriftliche Form verlangt wird, mit Ausnahme der Begründung einer abstrakten Schuld auf Grund einer Abrechnung oder im Wege eines Vergleiches oder im Handelsrechte.[1]) Ebenso ist die Verjährungsfrist die der abstrakten Verträge, wenn nicht die Parteien die unter Umständen kürzere Verjährung der alten Schuld übernehmen wollen, wozu sie nach § 225 BGB. berechtigt sind.[2]) Letzteres wird man als gewollt an-

[1]) HGB. § 350.

[2]) Fischer-Henle, Komm. Anm. 7 zu § 607. BGB.

nehmen müssen, wenn in einem Schuldscheine eine Forderung, für welche eine kürzere Verjährungsfrist besteht, als Rechtsgrund für das Schuldversprechen angegeben ist.[3])

2. Zur Klagebegründung genügt der Nachweis des Willens, daß eine abstrakte Verbindlichkeit geschaffen worden ist. Der Gläubiger braucht nicht erst auf die causa der früheren Schuld einzugehen. Legt er einen Schuldschein vor und zeigt, daß das Versprechen angenommen worden ist, so ist die Klage genügend substantiiert. Trotzdem liegt aber nicht etwa eine Klageänderung vor, wie Martin[4]) annimmt, falls der Gläubiger beim Bestreiten des Schuldners, die Summe erhalten zu haben, auf das alte Schuldverhältnis zurückgeht. Daran hat man auch in der Praxis stets festgehalten.[5])

3. Hat eine Schuld nicht bestanden und haben die Parteien einen abstrakten Vertrag abgeschlossen, dahin lautend, daß der Schuldner eine gewisse Summe aus einer früheren Schuld als Darlehen schulden solle, so kann der Schuldner den Gläubiger mit der condictio indebiti belangen. Im gemeinen Rechte mußte aber ebenso wie im römischen auf seiten des Schuldners entschuldbarer Irrtum vorliegen.[6]) Von diesem Erfordernis sieht aber das BGB. ab. Es genügt auch unentschuldbarer Irrtum.[7]) Nur wenn der Schuldner bei dem Schuldversprechen Kenntnis von dem Mangel der Schuld gehabt hatte, was ihm vom Gläubiger nachzuweisen ist, bleibt die condictio indebiti ausgeschlossen.[8]) Ebenso in dem Falle, wenn

[3]) Planck, Bem. zu §§ 780—782 BGB.

[4]) Martin, S. 69

[5]) Seuff., Arch. Bd. 13 S. 17; Bd. 14 S. 92; Bd. 23 S. 118 Bd. 24 S. 113; Bd. 32 S. 222. Entsch. des ROHG. Bd. VIII S. 148.

[6]) Dernburg, Pand. § 141.

[7]) BGB. § 812 in Verb. mit § 119.

[8]) BGB. § 814.

seine Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach.[9]) Ferner ist dann der abstrakte Vertrag als von Anfang an nichtig anzusehen, wenn er durch Irrtum, Zwang, arglistige Täuschung zustande gekommen ist und deshalb angefochten wird.[9])

4. Auch eine Naturalobligation kann eine genügende Grundlage für eine abstrakte Schuldverbindlichkeit abgeben. Das trifft zunächst für das gemeine Recht, dann aber auch für das BGB. zu.[10]) Daher werden die natürlichen Verbindlichkeiten klagbar durch Umwandlung in eine Darlehensschuld, die abstrakt versprochen wird. Deshalb können auch verjährte Forderungen durch unsere Umwandlung klagbar gemacht werden. Auch für Spiel- und Wettschulden gilt dies in Bezug auf das gemeine Recht, während das BGB. in § 762 Abs. 2 ausdrücklich das Gegenteil bestimmt. Also hier kann nicht der Parteiwille den Mangel der causa durch Eingehung einer abstrakten Darlehensschuld heilen. Ebenso steht es mit dem Ehemäklerlohn, der zwar im gemeinen, nicht aber im bürgerlichen Rechte klagbar ist und durch ein abstraktes Versprechen dort wohl, hier aber nicht, klagbar gemacht werden kann.[11]) Gemeinsam verneinen das gemeine und bürgerliche Recht, daß ein der vorgeschriebenen Form ermangelndes Schenkungsversprechen durch Anerkennung klagbar gemacht werden könne.[12])

§ 13. b) Die verschiedenen Wirkungen beider Arten.

Nun kann aber das abstrakte Versprechen doppelter Natur sein: es kann, je nachdem der Parteiwille darauf

[9]) BGB. § 142 in Verb. mit §§ 119—124.
[10]) Dernburg, Pand. I S. 350; derf. BGB II_1 S. 271.
[11]) Sintenis, § 120; BGB. § 656 Abs. 2.
[12]) Dernburg, Pand, I § 108; BGB. § 518.

geht, mit novatorischer oder mit accessorischer Wirkung ausgestattet sein.

1. Ist mit dem abstrakten Versprechen eine Novation beabsichtigt, so geht die alte Schuld völlig unter. Der Gläubiger kann nie auf die frühere Schuld selbst zurückgreifen. Das Schicksal des Unterganges teilen mit der Hauptsache auch ihre Privilegien, wenn nicht gerade die Parteien das Gegenteil besonders vereinbaren. Es fallen also an und für sich infolge der Novation die Bürgschaften und Pfandrechte fort, ebenso wie die Zinsen zu laufen aufhören. Die vertragsmäßigen Zinsen können selbständig nach Untergang ihrer Hauptsache nicht mehr fortbestehen, und die gesetzlichen, z. B. die Verzugszinsen, fallen fort, weil ihr Rechtsgrund, der Verzug, fortgefallen ist. Nur die schon entstandenen Verzugszinsen bleiben im Gegensatz zum gemeinen Rechte nach BGB. bestehen.[1]

Bestritten ist, ob die Einreden der früheren Schuld dem Schuldner weiter zustehen. Man wird dies aber mit der herrschenden Meinung bejahen müssen, denn: nicht die obligatio wird transferiert, sondern id quod ex priore obligatione debetur.[2])

2. Ganz anders jedoch sind die Wirkungen unserer Vereinbarung, wenn die Darlehensschuld die frühere nicht novieren, sondern nur accessorisch neben sie treten soll. Der Gläubiger hat dann zwei Forderungsrechte: das eine aus der früheren Schuld, das andere aus dem abstrakten Schuldversprechen. Jedes kann er selbständig geltend machen. Da jedoch die beiden Forderungsrechte nur formell mehrere Verpflichtungsgründe für ein und denselben materiellen Anspruch bilden, kann die Befriedigung vom Gläubiger

[1]) Wendt, Pand. § 259 Anm. 9; Enneccerus-Lehmann, § 156. S. 393 II_2a.

[2]) Brinz II § 282, Note 8; Salkowski, S. 399; v. Salpius, S. 277; Sintenis II § 105, Anm. 12.

natürlich nur einmal verlangt werden: „bona fides non patitur, ut bis idem exigatur".[3]) Es steht aber keineswegs dem Gläubiger die Einrede der Rechtshängigkeit entgegen oder darf ihm unzulässige Klageänderung vorgeworfen werden, wenn er zuerst aus dem einen und dann aus dem anderen Schuldgrunde Klage erhebt. Nur tilgt die Zahlung der einen Schuld auch die andere.

Aus dem Fortbestehen der früheren Schuld folgt das Fortbestehen der Bürgschaften und Pfänder, das Weiterlaufen der Zinsen und des Verzuges. Nur wird der Verzug, wenn er auch an sich weiter fortdauert, nach dem zu deutenden Willen der Parteien in Wirklichkeit doch aufhören. Denn mit der Anerkennung der Schuld durch den Schuldner will und wird dieser auch jedesmal Stundung erreichen, sodaß der Verzug aufhört.

§ 14. 3. Bei Annahme bloßer Abänderung.

Es bleibt noch übrig, die Wirkungen der Umwandlung zu verfolgen, wenn sie als eine bloße Abänderung der alten Schuld, die von jetzt ab nach den Grundsätzen des Darlehens behandelt werden soll, sonst aber die alte bleibt, anzusehen ist.

1. Wenn eine Verwandlung in eine Darlehensschuld vorgenommen wird, so wird der Schuldner meistens einen Schein ausgestellt haben, in welchem er die betreffende Summe als Darlehen zu schulden gesteht. Aus diesem Schuldscheine kann der Gläubiger auf Zahlung klagen. Aber selbst wenn kein Schuldschein ausgestellt ist, genügt es, wenn der Gläubiger behauptet und beweist, daß eine ihm zustehende Forderung durch Vereinbarung mit dem Schuldner in eine Darlehensforderung umgewandelt worden ist, die noch nicht getilgt ist. Es wird sogar auch dann

[3]) l. 57 D. 50, 17.

noch der Klage stattgegeben werden müssen, wenn der Gläubiger in seiner Klageschrift die Behauptung aufstellt, Kläger sei ihm eine bestimmte Summe aus einem Darlehen schuldig.[1]) Erst wenn der Beklagte bestreitet, die Darlehenssumme empfangen zu haben, muß der Kläger den Entstehungsgrund der Schuld aufdecken, wie es ihm andererseits auch freigestanden hätte, sofort aus dem alten Schuldverhältnis zu klagen[2]), da dieses ja seiner Identität nach weiterbesteht und nur in Einzelheiten Abänderungen erfahren hat. Wenn der Beklagte nun auch das Bestehen der alten Schuld bestreitet, wird der Kläger auch deren Ursprung nachweisen müssen.[3]) Meistens wird allerdings in dem Umwandlungsvertrage eine Anerkennung der Schuld durch außergerichtliches Geständnis zu sehen sein.[4]) Hat der Kläger aber eine schriftliche Urkunde über den Darlehensvertrag in der Hand, so wird der Beklagte beweispflichtig werden, wenn er die Entstehung der ersten Schuld leugnet.

In keiner der Behauptungen des Klägers darf man eine Klageänderung sehen.[5]) Denn der Klagegrund wird durch das Aufdecken der früheren Schuld nur erläutert, da dieselbe Schuld auch nach der Umwandlung in ein Darlehen fortbesteht. Die Motive[6]) sagen ja auch, daß die Vorschrift des Abs. 2 von § 607 BGB. gerade aus dem Grunde gegeben worden sei, um dem Einwande des

---

[1]) Bolze, die Praxis des Reichsgerichts, Bd. II S. 892, Bd. XI S. 732; Martin, S. 68; Planck, Anm. 5 zu § 607 BGB; Sander, S. 67; Entsch. des Reichsoberhandelsger. Bd. VIII S. 148.

[2]) Klemperer, S. 574; v. Rönne, Bd. I S. 665ff.

[3]) Kuhlenbeck Bd. I, Anm. 3 zu § 607 BGB. Abs. 2.

[4]) Planck, zu § 607 Abs 2.

[5]) Fischer-Henle, Komm. Anm. 7 zu § 607: Kuhlenbeck, Anm. 3 zu § 607 Abs. 2.

[6]) Motive II S. 312.

Beklagten, er habe kein Geld in die Finger bekommen, die Spitze abzubrechen.

2. Da die alte Schuld fortbesteht, bleiben auch ihre starken und schwachen Seiten in ihrem vollen Umfange, aber auch nicht weiter, bestehen. Bürgschaften und Pfandrechte bleiben so, wie sie sind, dem Gläubiger verhaftet, d. h. sie können nun nicht etwa durch das Rechtsgeschäft der Umwandlung in eine Darlehensschuld erweitert werden.[7]) Das müßte erst besonders ausgemacht sein. Ebenso bleiben die Konkursvorzugsrechte der alten Schuld für die in ein Darlehen umgewandelte Schuld in dem vorhandenen Umfange bestehen.

3. Ebenso wie die Bürgschaften nicht weiter greifen, als sie es bei der ursprünglichen Schuld taten, wird auch durch eine solche Umwandlung keine Naturalobligation zu einer klagbaren Darlehensschuld. Jede Schuld bleibt rechtlich so, wie sie war. Desgleichen laufen die Zinsen der alten Schuld so weiter, wie sie vorher gelaufen sind; eine unverzinsliche Schuld wird durch die Umwandlung in eine Darlehensschuld nicht etwa von selbst verzinslich. Das kann nur Gegenstand besonderer Vereinbarung sein.

4. Dagegen hört der Verzug mit der Verwandlung in ein Darlehen auf. Denn diese Verwandlung enthält doch die Verabredung, daß diese Schuld nicht jetzt, sondern erst später, erfüllt werden soll.

5. Aus dem Bestehenbleiben der alten Schuld folgt auch das Bestehenbleiben ihrer Einreden.

6. Besteht ein Gesamtschuldverhältnis, so werden, wenn von mehreren Gläubigern der eine mit dem Schuldner, oder von mehreren Schuldnern der eine mit dem Gläubiger den Abänderungsvertrag geschlossen hat, nur die jedesmaligen Vertragsschließenden durch die Abänderung

---

[7]) BGB. § 761, Abs. 1; § 1210, Abs. 1.

gebunden. Für die anderen ist diese Abänderung nicht vorhanden, für sie bleibt die alte Schuld ganz so, wie sie ist.

7. Die ganze Verwandlung der alten Schuld konzentriert sich nur darauf, daß die aus irgend einem Grunde bestehende Schuld inbezug auf Zeit und Ort der Zahlung, Kündigungsfrist, Verzinsung usw. nach den Grundsätzen des Darlehens behandelt wird.[8]) Dazu gehört auch die Verjährungsfrist. Wenn bisher eine kürzere Verjährungsfrist bestanden hatte, so tritt jetzt die 30-jährige des Darlehens an ihre Stelle. Wenn Klemperer und Neumann die Verjährungsfrist nach der zugrundeliegenden materiellen Schuld beurteilen[9]), weil nach § 225 BGB. eine Erschwerung der Verjährung durch Rechtsgeschäft nicht statthaft sei, so ist dem entgegenzuhalten, daß die Parteien durch die Verwandlung der Schuld in ein Darlehen wohl gerade sich die längere Verjährungsfrist sichern wollen. Das wird auch von den meisten Schriftstellern zugegeben.[10]) An sich rechnet nun die Verjährungsfrist vom Beginne der alten Schuld an, da gerade auf sie die Darlehensgrundsätze laut Vereinbarung Anwendung finden sollen, in Wirklichkeit aber kommen wir doch dazu, die neue Verjährung von der Verwandlung der Schuld an zu rechnen, da diese Verwandlung eine Anerkennung der Schuld enthält und nach § 208 BGB. die Verjährung unterbrochen wird, wenn der Verpflichtete dem Berechtigten gegenüber in irgend einer Weise dessen Anspruch anerkennt.

[8]) Planck, Komm., zu § 607 BGB. Abs. 2.

[9]) Klemperer, S. 574; Neumann, BGB. § 211.

[10]) Fischer-Henle, Anm. 7 zu § 607; Martin, S. 66; Planck zu § 607; Sander, S. 69.

Lebenslauf.

Ich, Robert Rudolf Karl Grundmann, wurde als zweiter Sohn des Oberpostpraktikanten und Rechnungsrates Robert Grundmann und seiner verstorbenen Frau Selma, geb. Lessing, am 31. August 1878 zu Berlin geboren. Ich bin Preuße. Ich besuchte die Dorfschule zu Erdmannsdorf im Riesengebirge, das Realprogymnasium und das Gymnasium zu Gumbinnen, das Gymnasium zu Bromberg, das Städtische Gymnasium zu Halle (Saale) und das Gymnasium zu St. Johannes zu Breslau, das ich Herbst 1900 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich widmete mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften an der Universität zu Breslau. Während der Universitätszeit genügte ich meiner militärischen Dienstpflicht bei dem Grenadier-Regiment König Friedrich III. in Breslau. Am 22. Oktober 1906 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung und wurde zunächst dem Amtsgericht zu Münsterberg als Referendar überwiesen. Am 7. November 1906 legte ich das examen rigorosum vor der juristischen Fakultät in Breslau ab. Ich war außer am Amtsgericht zu Münsterberg beschäftigt am Landgericht zu Breslau, bei der Staatsanwaltschaft, dem Amtsgericht und dem Oberlandesgericht zu Breslau, bei dem Rechtsanwalt Nathan und dem Notar Albers in Breslau. Während meiner Vorberei-

lungszeit vertrat ich verschiedene Anwälte in ihrer Anwaltstätigkeit. Am 10. Februar 1911 beendete ich meinen juristischen Vorbereitungsdienst und bin zurzeit im Begriff, mich zur großen juristischen Staatsprüfung zu melden.

Während meiner Studienzeit besuchte ich die Vorlesungen der Herren Professoren Beyerle, Brie, Bruck, Dahn, Engelmann, Fischer, Gretener, Joers, Kaufmann, Klingmüller, Leonhard, Schott, Schücking, Sombart, Wolff.